



EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO

CONTENIENDO:

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

POR EL

DR. JOSÉ OLEGARIO MACHADO

TOMO III



BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	99.447
UBICACIÓN	01062

BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

1899

1



EXPOSICIÓN Y COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

TÍTULO XVIII DE LA COMPENSACIÓN

§ 251.—CARACTERES GENERALES DE LA COMPENSACIÓN

La compensación es uno de los medios de extinguir las obligaciones; medio natural, porque se funda en una obligación idéntica del acreedor hacia su deudor; por eso *la compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a co-existir (art. 818)*; así, alegada por el deudor demandado la excepción

(**Art. 818.**) La compensación como medio de extinguir una obligación, sólo tiene lugar cuando es opuesta en la oportunidad debida, y en ese caso se aceptará aunque la acreencia fuera de otro, siempre que hubiera sido adquirida por el deudor. *El derecho propio* importa decir, que sea de su propiedad; así, el ejecutado por una deuda á nombre de un tercero, no podría oponerle la compensación por lo que tuviera que cobrar por otro, á menos de tener facultad expresa. La compensación no extingue la deuda por el solo hecho de existir, como el pago, p. e., es necesario alegarla en juicio y llenar ciertas condiciones. El Código se ha separado con razón del Cód. Francés, art. 1290, que hace operar la compensación de pleno derecho, aun contra la voluntad de las partes, llevando los efectos de la ley más allá de esa voluntad. La compensación se opera hasta donde alcance la deuda menor; pero el que la alegó presentando una acreencia mayor, tendrá que seguir un juicio por separado para cobrar lo restante. Hay otra clase de compensación que autorizan las leyes de procedimientos bajo el nombre de *reconvención*, cuando el acreedor es demandado á



de compensación, se retrotrae al tiempo en que comenzó á existir su acreencia contra el demandante.

Para que la compensación surta los efectos de pago, debe llenar estas condiciones:

su vez por otra prestación que él deba al deudor; de dos demandas se autoriza á formar un solo pleito, y el Juez decide la manera de hacerse la compensación. Cuando se dice que ambos deben reunir la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, «cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda», se entiende de causas lícitas que sirvan para fundar una acción civil eficaz. La extinción producida por la compensación comprende los accesorios y garantías de una y otra obligación, y los efectos producidos se remontan al día mismo de realizarse las condiciones exigidas para que la compensación se opere. Como la compensación alegada produce los efectos de pago, importa poco que el deudor ó acreedor hayan conocido que se ha operado, pues la ley señala dicho efecto al hecho mismo; del mismo modo si una de las acreencias producía intereses y la otra no, los intereses dejarían de correr desde el momento de la compensación y por la cantidad compensada. «La necesidad de la compensación (dice la l. 3, tít. 2, lib. 16, Dig.) se funda en que está en nuestro interés retener lo que nos es debido, antes que intentar una acción para hacernos devolver lo que hemos pagado.»—Comp. LAROMBIÈRE, III, al art. 1290. AUBRY y RAU, § 325, nota 2. MAYNZ, § 375, notas 2 y 3. GOYENA, arts. 1122 y 1123. FREITAS, arts. 1158 y 1159.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 818.—La Ley Romana dice: «*Deditisse intelligendus est, etiam is qui compensabit.*»—L. 76, tít. 16, lib. 50, Dig.—Zachariæ define la compensación del modo siguiente: «Es la extinción de dos obligaciones recíprocas que se pagan la una por la otra hasta la concurrencia de sus cantidades respectivas entre personas que son deudores de una hacia la otra.» Nota primera al § 570.—El Derecho Romano la define: *Compensatio est debiti et crediti (mutui) inter se contributio*: L. 1, tít. 2, lib. 16, Dig.—La Ley de Partida: «*Descuento de un debito con otro*:» L. 20, tít. 14, Part. 5ª.—Conforme con el artículo, L. 4, tít. 31, lib. 4, Cód. Rom.—LL. 21 y 22, tít. 14, Part. 5ª. «*Hasta aquella quantia que el un deudor debiere al otro*,» dice L. 21:—«*Hasta aquella quantia que monta*,» dice la L. 22.—Cód. Francés, art. 1290.—Napolitano, 1244.—Sardo, 1381.—Holandés, 1462.—de Luisiana, 2204. La designación, hasta donde alcance la menor, es del Cód. de Vaud, art. 961.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 818.—El deudor del flete no puede compensar la deuda con lo que personalmente le debía el capitán.—LXII, 75.

La suspensión no puede tener lugar cuando pretende hacer con el crédito de un tercero, aun cuando el que lo alegue tenga poder para cobrarlo.—XXI, 170.

Cuando dos personas por derecho propio reúnen las calidades de acreedor y





a) *Es preciso que la cosa debida por una de las partes, pueda ser dada en pago de lo que es debido por la otra (art. 819, 1ª parte);* porque no podrían compensarse si fueran de diversa naturaleza, como una deuda de dinero no puede serlo con otra de entregar una cosa cierta.

b) *Que ambas deudas sean subsistentes civilmente (art. 819, 2ª parte);* porque no se puede compensar una deuda civil con otra natural, que no da acción para exigirla.

c) *Que sean líquidas (art. 819, 3ª parte);* porque la ilíquida no es exigible.

d) *Que ambas sean exigibles (art. 819, 4ª parte);* porque la compensación nace con el derecho á exigir la deuda, pues, si por cualquier circunstancia no pudiera serlo, no tendría la misma calidad que la acreencia demandada.

e) *Que sea de plazo vencido, y que si fuesen condicionales, se halle cumplida la condición (art. 819, 5ª parte);* porque está en suspenso el derecho, y no puede ejercitarse.

(**Art. 819.**) Deben ser acreedores y deudores ambos por derecho que les pertenezca, sea que lo hayan adquirido por cesión ó subrogación; pero el padre ó tutor no puede oponer á una deuda que se le cobre lo que el mismo acreedor deba á su hijo ó pupilo; de donde se deduce, que no se puede compensar la propia deuda con la de un tercero extraño, á menos de haberla adquirido. Pero lo que se debiera al padre por usufructo de los bienes de sus hijos, podrá compensarlo con lo que el padre debe personalmente; lo que se deba á la mujer no puede compensarlo el marido con lo que él deba personalmente, á menos de autorización expresa de ésta. El marido es el administrador de los bienes del matrimonio; pero no el propietario de lo que pertenece á la mujer, si está autorizado por la naturaleza de sus funciones á recibir lo que se debe á ésta, cuando es mayor de edad, esos bienes no responden á las deudas contraídas por el marido.

Como la compensación es un pago efectivo, es necesario que la cosa objeto de la obligación sea de tal naturaleza, que con ella se pueda pagar válidamente; así si se debe una suma se puede compensar con otra de dinero que el acreedor deba al deudor, ó que tratándose de co-

deudor recíprocamente, las deudas se extinguen con fuerza de pago en tratándose de obligaciones líquidas, exigibles y de plazo vencido, consistentes ambas en cantidades de dinero.—LVII. 326.

La compensación es legal ó judicial; legal cuando el pago se opera por el ministerio de la ley; desde el instante en que las

sus fungibles sean de la misma especie y calidad, como si debiera entregar mil kilos de trigo, y mi acreedor me debiera quinientos. Sería diferente si se hubiera señalado á cada deuda una calidad diversa, como tantos litros de vino priorato, y me debieran vino francés; ambas deudas no son compensables, porque las cosas no son de la misma calidad. No es necesario que las cosas debidas sean fungibles, como lo establece el Cód. Francés: basta que sean de la misma especie y calidad, como si debieran entregarse vacas ó caballos de tal clase; sin embargo, no serían compensables, si la elección correspondiese en una al acreedor y en otra al deudor.

Por deuda líquida se entiende aquella cuya existencia es cierta y cuya cantidad se encuentra determinada. La idea de liquidación abraza dos órdenes de hechos: la existencia cierta de la deuda y la determinación de la cantidad; dos hechos que deben estar unidos, porque puede ser determinada la cantidad, pero no bastará si la deuda es incierta, ó si es cierta, y la cantidad no estuviere determinada. El carácter litigioso de una deuda, le quita generalmente el derecho de ser compensada; pero no será bastante la negativa del deudor, si el acreedor tiene en su mano la prueba de lo contrario, y puede darla breve y sumariamente. Nuestras leyes de procedimientos autorizan á deducir la compensación en los juicios sumarios que llamamos ejecutivos: establecen el plazo de diez días para demostrar la verdad de la deuda y su determinación. Por nuestro derecho no hay dudas á este respecto: la compensación alegada en el juicio encarga á uno y otro la prueba de sus afirmaciones en el término de diez días; no está, pues, en la mano del acreedor el rechazarla haciendo cesar sus efectos. La cantidad se reputa indeterminada, cuando depende de un arreglo previo de cuentas ó de una operación pericial; pero no se reputaría tal, si la deuda gozara de intereses y éstos no hubieran sido liquidados; porque son operaciones aritméticas que pueden hacerse inmediatamente. Los honorarios de un abogado no pueden oponerse como compensación, mientras no sean estimados y consentidos ó quedaren firmes por la última sentencia. Cuando en una deuda se aceptaran unas partidas y se rechazaran otras, se debe esperar la decisión judicial.

La exigibilidad tomada en una acepción general comprende no sólo el vencimiento del término ó cumplimiento de la condición, sino la existencia de una acción civil eficaz para hacerla cumplir en juicio: así



dos deudas coinciden; pero debe deducirse en el tiempo que las leyes de procedimiento lo determinasen. La judicial tiene lugar

una obligación natural como una deuda prescripta no debe ser admitida á la compensación; pero si no hubiere declaración previa puede deducirse como excepción, sin perjuicio de ser desechada en la sentencia de remate: lo mismo se puede decir de las obligaciones sujetas á una acción de nulidad. No se puede compensar una deuda cuyo término se hubiera vencido por la declaración de la quiebra del comerciante ó por la cesión de bienes del concursado, porque sólo se ha hecho exigible por las necesidades del concurso; pero podrá aponerla por las deudas vencidas con arreglo al art. 1418 del Cód. de Com.—Comp. Larombière, III al art. 1291, n° 27, y Aubry y Rau, § 326, nota 15. Es indiferente para la compensación que los deudores ó acreedores sean incapaces de recibir ó de pagar, si se han llenado las formas del juicio: así como no importa la causa de deber, si no se señalare la obligación.—Comp. Cód. Francés, art. 1291. MERLIN, *Repertorio 1° Compensación*, § 2, n° 3.

Cuando una de las obligaciones fuera pura y la otra condicional, ó vice-versa, no podrán compensarse mientras no se haya adquirido irrevocablemente el derecho.

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 819.—LL. 20 y 21, tít. 14, Part. 5ª.—L. 14, tít. 31, lib. 4, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 1291.—Zachariæ, § 571, y notas 1. 6, 8 y 9. Se llama deuda líquida aquella cuya existencia es cierta, y cuya cantidad se encuentra determinada, *cum certum est an et quantum debeatur* (Pothier, n° 628). Exigiendo que las dos deudas sean igualmente líquidas, la ley, sin embargo, no establece que sean reconocidas por los deudores. Sin duda, una deuda contestada no es líquida, ni susceptible de entrar en compensación, á menos que el que la opone pueda justificarla prontamente.—Pothier, lugar citado, Aubry y Rau, § 326.—Maynz, § 372, n° 4.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 819.—El importe de amortización é intereses vencidos, adeudados al Banco Hipotecario de la Provincia de Buenos Aires, puede compensarse con el de cupones de plazo vencido de las cédulas emitidas por dicho Banco.—LI, 247.

Para que proceda la compensación, es necesario que ambas deudas sean subsistentes civilmente, que sean líquidas, exigibles y de plazo vencido.—XX, 119.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 819.—La excepción de compensación es improcedente cuando no resulta de crédito líquido ó documento que traiga aparejada ejecución.—Jur. Civ. VI, 69, Sér. 1ª.

Sólo es procedente cuando ambas deudas son líquidas, exigibles y de plazo vencido.—Jur. Civ., VI, 164, Sér. 1ª.

No es procedente en compensación si existen moratorias.—Jur. Com., VIII, 315, Sér. 4ª.



en los casos de reconvencción y mutua petición, como decían los prácticos antiguos, en que el demandado por el cumplimiento de una obligación demanda á su vez por otra, con el objeto de compensar la debida.

§ 252.—CONDICIONES DE LA COMPENSACIÓN

Una de las condiciones necesarias para que la compensación tenga lugar, es que ambas deudas consistan en cantidades de dinero, ó en prestaciones de cosas fungibles entre sí, de la misma especie y de la misma calidad, ó en cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, con tal que la elección pertenezca respectivamente á los dos deudores (art. 820).

(Art. 820.) Si las cantidades de dinero fueran tomadas como cosas fungibles determinadas por su especie, sin relación alguna con la moneda corriente nacional, y que no tuviere un valor legal en la República, no podrán ser compensadas con una acreencia en moneda nacional. Me obligo á entregaros un monetario compuesto de tantas piezas determinadas de oro, plata y cobre: esta obligación no es compensable con la suma que me cobras. No basta que la cosa sea fungible de la misma especie: se necesita que la calidad sea la misma. Tratándose de cosas inciertas no fungibles sólo determinadas por su especie, para que sean compensables, no basta que la elección corresponda á ambos acreedores y deudores, si de alguna manera ha quedado circunscrita la determinación, como si me obligo á entregar un reloj de oro fábrica Roskel, esta obligación no puede ser compensada por una promesa de entregar un reloj de oro. Si á las cosas fungibles que debieran entregarse se les hubiera fijado precio, como mil litros de vino francés de un peso el litro, puede ser compensada por una deuda en dinero, si no pudiendo entregarlos hemos convenido en el precio que debe pagarse; lo mismo sucederá en las obligaciones de cosas inciertas no fungibles, si se les hubiere determinado precio. En general, no es compensable una deuda de dinero con una acreencia de frutos: sólo

Para que sea procedente la excepción de compensación ambas deudas deben llenar los mismos requisitos; la letra no protestada en oportunidad no puede considerarse ejecutiva.—Jur. Civ., XIII, 204, Sér. 4ª.

Para que la compensación pueda prosperar, debe fundarse en una deuda exigible al oponerse la excepción.—Jur. Civ., II, 27, Sér. 5ª.



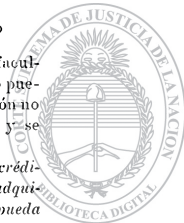
Puede tener lugar igualmente en las prestaciones de cosas fungibles, aunque no fueran de la misma especie, si se les hu-

daría lugar á la reconversión en el juicio ordinario que puede alegarse, á fin de que los jueces hagan la compensación en la sentencia definitiva. Sería compensable una obligación de hacer bajo cláusula penal de pagar una suma de dinero, si el deudor hubiera incurrido en ella, con otra obligación de entregar sumas de dinero. La deuda de un cuerpo cierto y determinado no es compensable, aunque puede llegar á serlo por excepción. Pothier. *Obl.*, n° 624, trae este ejemplo: «Si fuera vuestro acreedor de una parte indivisa de un cuerpo cierto, como si me hubieses vendido una parte indivisa que tenéis en cierta herencia y antes que me la hubierais entregado, he heredado á una persona que era vuestro deudor de otra parte indivisa de la misma herencia, podríais oponer contra la deuda la parte de esta herencia de la que me sois deudor, la compensación de la deuda de una parte de la misma herencia de la cual os soy deudor»; pero debemos notar que desde el momento en que las partes ideales, aunque ciertas, lleguen á determinarse, la compensación no puede tener lugar. Se puede compensar un tercio de la herencia con otro tercio de la misma que el acreedor deba, ó con una cuarta ó sexta parte haciendo la deducción, pero no cuando se determinaron los bienes. Las obligaciones de hacer no son compensables, aunque tengan por objeto la misma cosa, porque no hay identidad en el mismo género de trabajo; una estatua hecha por uno no equivale á la que otro puede hacer.—Comp. AUBRY y RAU, § 326, nota 5. LAROMBIÈRE, III, n° 11, 13 y 14 al art. 1291. GOYENA, art. 1124, y FREITAS, arts. 1162, 1163 y 1164.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 820.—L. 21, tít. 14, Part. 5ª.—LL. 4 y 8, tít. 31, lib. 4. Cód. Rom.—LL. 10, 11 y 12, tít. 2, lib. 16. Dig.—Cód. Francés, art. 1291.—Sardo, 1382.—Napolitano, 1245.—Holandés, 1463.—de Luisiana, 2205. «No basta que las cosas sean fungibles separadamente. Es preciso que lo sean la una con relación á la otra. Las cosas son fungibles, ó no fungibles, según que son ó no susceptibles de ser reemplazadas por otras cosas de la misma especie y calidad. *Res, quarum una alterius rite fungitur.* Una pipa de vino de Burdeos de 1846 que formase el objeto de un préstamo de consumo, sería ciertamente una cosa fungible; entretanto, ella no podría ser compensada con otra pipa igual de vino de Burdeos de 1866, igualmente fungible, considerada aisladamente, porque estas dos pipas de vino de calidad ó de valor diferente no son fungibles entre sí.» (Aubry y Raé, §§ 166 y 326, nota 2.)

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 820.—En los casos de compensación, ésta procede también entre las deudas cuyo importe se ha consignado,





biera determinado de antemano un precio en dinero, con facultad de entregar la cosa, ó de pagar el precio, en cuyo caso pueden compensarse con sumas de dinero; pero la compensación no tendría lugar sino desde que el deudor hizo la elección y se constituyó acreedor de una suma determinada.

Para que se verifique la compensación, es necesario que los créditos y las deudas se hallen expeditos sin que un tercero tenga adquiridos derechos (derechos adquiridos), en virtud de las cuales pueda oponerse legítimamente (art. 822); porque si estuviera embargada ó pignorada, no podría alegarla, pues no le pertenece.

(Art. 822.) Este artículo es de Goyena, 1132, quien lo tomó del artículo 1298 del Francés: A. debe mil pesos á B., pero B. es acreedor de A. por mil pesos; las dos deudas vencidas, C. embarga el crédito de A., cuando B. le cobre los mil pesos, éste podrá oponerle la compensación, porque su crédito estaba ya compensado: esa es la inteligencia del artículo: pero si al contrario, debo los mil pesos, á A. y se embargan en mi poder, si vengo posteriormente, á ser su acreedor no podré oponerle la compensación, porque ese crédito no estaba libre y pertenece á una tercera persona que adquirió derechos sobre él, y aunque hubiera tenido una acreencia no vencida, que no pudo compensarse cuando se hizo el embargo. La compensación se opera en el acto de alegarla, produciendo efecto desde el día del vencimiento, y cuando una de las dos deudas vencidas entre acreedor y deudor fuera embargada, el acreedor puede oponerse al embargo, alegando que nada debe, porque tiene compensación que deducir. Nadie puede obligarme á ejecutar una obligación que queda sin efecto por la compensación, y anula mi ejecución. Otra cosa se decidirá, si una de las acreencias constase de instrumento privado, que para los terceros sólo tienen fecha cierta desde la prestación en juicio. El Cód. Francés es más terminante cuando dice: «asi, el que siendo deudor ha venido á ser acreedor después del embargo, hecho por un tercero en sus manos, no puede oponer la compensación en perjuicio del demandante.» Larombière, III, nº 2, al art. 1298, y Duranton, XII, nº 442, significan que las palabras *ha venido á ser*

siempre que la consignación no haya sido aún aceptada ó declarada válida.—XXXVII, 11.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 820.—La excepción de compensación sólo es pertinente cuando se funda en título que traiga aparejada ejecución.—Jur. Civ., III, 209.

Cuando ambas deudas no son pagaderas en el mismo lugar, sólo puede oponerse la compensación abonando las costas del pago en el lugar en que deba verificarse (art. 821), cuando tuviera que hacerlas el acreedor demandante.

acreedor, se refieren á la época de la compensación; aunque la acreencia hubiera existido antes, el embargo habría tenido lugar si no era compensable en el momento de hacerse éste. Aubry y Rau, § 326, nota 32, sostienen que la compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros, especialmente en virtud de una hipoteca, de un embargo, de una aceptación ó significación de cesión ó quiebra, y participo de esta opinión.

Así, una acreencia no exigible por no estar vencido el plazo, no puede ser compensada á su vencimiento con una deuda que estaba embargada. La época para que la compensación pueda alegarse es en el momento del embargo.— Véase arts. 736, 826 y 1465.

(Art. 821.) La redacción de este artículo no explica bien la idea, porque cuando un vecino del Rosario debe á B., domiciliado en Buenos Aires, mil pesos que debe pagárselos en su domicilio, y ese mismo B. debe á A. mil pesos que debe entregarlos en el Rosario, ambas deudas son compensables sin costas de ninguna especie: las dos han sido pagadas donde se debían recibir, no obstante de que ambas deudas no eran pagaderas en el mismo lugar. Lo que se ha querido expresar es que, cuando las deudas deben ser pagadas fuera del domicilio de los deudores ó acreedores respectivos, en cierto lugar donde tiene un interés en recibirlo, como si A. y B., domiciliados en la Capital, el uno es acreedor por mil pesos, que debe recibirlos aquí, y el otro es acreedor á su vez por mil pesos que deben entregársele en Córdoba, la compensación tendrá lugar abonando la diferencia de cambio si lo hubiere. Domat, *Leyes Civiles*, n.º 8, sec. 2. tit. 2, lib. 4, dice: « así, p. e., si aquel que debía pagar una suma en cierto lugar donde el acreedor tenía interés en que fuera pagada, la compensa en otro lugar, y se libera de lo que habría costado la entrega de esa suma en el lugar en

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 822.—Cód. Francés, art. 1298.—Sardo, 1389.—Napolitano, 1252.—Véase Marcadé sobre el artículo citado del Cód. Francés, que pone varios ejemplos del caso de nuestro artículo.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 822.—El que se opone á la compensación debe demostrar que terceros tengan y hayan deducido derechos que les autorice para oponerse legítimamente á la compensación.—LVII, 326.



§ 253.—CASOS EN QUE NO TIENE LUGAR LA COMPENSACIÓN

La compensación no tiene lugar entre ciertas personas, ó sobre ciertos objetos, porque la ley, teniendo en vista un interés superior, los ha exceptuado, como sucede con los créditos contra el Estado, la acreencia de alimentos, etc.

Las deudas y créditos entre particulares y el Estado, no son compensables en los casos siguientes:

1º *Si las deudas de los particulares proviniere de remates de cosas del Estado, ó de rentas fiscales, ó si proviniere de contribuciones directas ó indirectas, ó de alcance de otros pagos que deban hacerse en las aduanas, como derechos de almacenaje, depósito, etc. (art. 823, n° 1):* siguiendo las ideas del derecho espa-

que el pago debía ser hecho, se podrá estimar en la compensación el valor de esa entrega», es decir, los gastos. El que ha alegado la compensación no tendrá derecho á cobrar la diferencia si fuera á su favor, porque ha renunciado por el hecho de hacer exigible la acreencia en otro lugar, compensándola. La compensación sólo puede oponerse abonando las costas del pago en el lugar donde debía verificarse, dice el artículo, dando á entender que antes de este pago no habrá compensación, como lo enseña Toullier (VII, n° 400), doctrina rechazada por todos los jurisconsultos. La compensación se opera por el hecho de oponerla hasta la parte de la cantidad menor, sin esperar á que se abonen las costas del transporte, que pueden deducirse de las sumas que se ofrecen en compensación. Esta compensación es una excepción al principio general de que el acreedor no tiene derecho á exigir el pago de lo debido en otro lugar que el señalado en la estipulación.—Comp. POTHIER, *Obl.*, n° 633. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE, § 571, nota 15. DURANTON, XII, n° 386. LAROMBIÈRE, III, n° 1, al art. 1296, y FREITAS, art. 1168, n° 5.

(Art. 823, n° 1.) En la Instituta, nota 141, observamos la poca prudencia con que se había procedido en esta parte, privando á los

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 821.—Zacharie, § 571, nota 15.—Duranton, XII, n° 386 y siguientes, trata extensamente este punto—Cód. Francés, art. 1296.—Sardo, 1387.—Napolitano, 1270.—Holandés, 1408.—de Luisiana, 2210. Las Leyes Romanas no hablan precisamente de los costos para traer la cosa al lugar del pago, sino algo más, abonando el interés del acreedor en ser pagado en el lugar que debía hacerlo el deudor. *Quantum interfuerit certo loco pecuniam dari.* Véase L. 15, Tit. 2. L. b. 16, Dig.*



ñol, que hacía del fisco un menor. Lo natural habría sido autorizar al particular para deducir la compensación cuando es demandado, ya que la Nación no puede serlo sin su consentimiento.

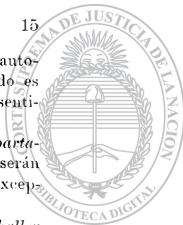
2° *Si las deudas y los créditos no fuesen del mismo departamento ó ministerio (art. 823, n° 2); y por consiguiente, serán compensables las del mismo departamento, lo que es una excepción digna de aplauso.*

3° *En el caso que los créditos de los particulares se hallen comprendidos en la consolidación de los créditos contra el Estado, que hubiese ordenado la ley (art. 823, n° 3): pero las provincias no pueden pagar por la consolidación.*

particulares del único derecho que podían ejercer para hacerse pagar sus créditos. Cuando la Nación es parte demandante en un juicio, debe estar sometida á los mismos principios que las demás personas jurídicas de existencia necesaria. Se ha extremado el principio de que la Nación no puede ser demandada, y que los derechos fiscales deben primar sobre los derechos particulares. La interpretación debe ser restrictiva limitando la prohibición á lo expresamente declarado, y podrá compensarse todo crédito del Estado que no provenga de remate de cosas del Estado, de rentas fiscales, de contribuciones directas ó indirectas, ó de otros pagos que deban hacerse en las Aduanas por derechos de almacenaje, etc. Cualquier cesión, traspaso ó crédito provenientes de contratos ó suministros, etc., pueden ser compensados. Más justo hubiera sido conceder la compensación en general, autorizando al Gobierno para pedir al Congreso la facultad necesaria, á fin de llenar el vacío que deje en el cálculo de recursos.—Véase FREITAS, 1169, n° 5.

(Art. 823, n° 2.) Cuando el gobierno debiera por suministros en el departamento de justicia, por ejemplo, á un acreedor que debe por la misma causa al departamento de hacienda, no se pueden compensar ambas deudas, seguramente buscando la mayor comodidad de la administración, que en nada se perturbaría con este cambio; pero la idea errónea de que el Estado debe considerarse como menor de edad, nos viene de la legislación española, y funda estas disposiciones.

(Art. 823, n° 3.) La consolidación debe ser hecha en virtud de ley, y por consiguiente, los créditos contra el Estado deben ser paga-





La compensación no puede alegarse entre ciertas personas, ni sobre ciertas cosas; así no podrá alegarse en los casos siguientes:

a) *No es compensable la obligación de pagar daños é intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario ó poseedor legítimo hubiese sido despojado, ni la de devolver un depósito irregular (art. 824), y con mayor razón la obligación de restituir*

dos en títulos. Los particulares se encuentran bajo el peso de una ley que ordena una manera especial de pago, y las acreencias en esas condiciones se encuentran pagadas, por decirlo así, y no pueden ser compensadas. ¿Pueden las provincias pagar sus deudas de esa manera? No lo creo; sería alterar la forma de pago designada por el Código Civil.

(Art. 824.) La compensación es un pago verdadero, y por consiguiente, la deuda que se compensa debe ser idéntica á la acreencia que se ofrece; sólo tiene en vista el hecho material sin que la causa de deber influya en la compensación; pero la ley, por razones especiales, ha protegido ciertas acreencias prohibiendo la compensación en esos casos, aunque los hechos sean idénticos y las causas las mismas, no pueden oponerse. La primera excepción á la regla general, es referente á la obligación de pagar los daños é intereses por no poder restituir la cosa de que el propietario ó poseedor legítimo fué despojado. No se ha expresado el pensamiento con claridad: la excepción debe concederse como lo hace el Cód. Francés, art. 1293 y los que lo siguieron, entre ellos Freitas, art. 1169, n° 2: á la demanda de restitución de la cosa cuyo propietario fué injustamente despojado, ó á las deudas procedentes de despojo, hurto ó robo. Así, una demanda de restitución de la cosa despojada, ó de los daños y perjuicios en que se resuelve por no poder devolverla, no puede ser compensada; pero debe preceder de despojo, como en los casos de robo ó de hurto, y no como algunos piensan, que de cualquier modo ó forma en que se hubiera privado al poseedor de la cosa; porque si el locatario se niega á reconocer al propietario comenzando á poseer por sí, no sería la acción de despojo la que se entablaría en su contra. Esta excepción comprende las provenientes del

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 823.—Véase proyecto de Freitas, art. 1169.—Toullier, VII, n° 379.—La L. *De Compensat.* Cód. Romano, declaraba: *Compensationi fiscali ita datum locum esse, si eadem statio (officina) quid debeat que petit. Adque hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter serrandum est.* L. 45, § 5, Dig. *De Juri Fisci.*—La L. 26, Tit. 14, Part. 5ª, no permite oponer al fisco la compensación.



la cosa misma. Cuando se tratare de la devolución de un depósito regular, se aplicará el mismo principio.

delito de robo ó hurto, y habría sido más jurídico extenderla á los daños é intereses provenientes de los delitos contra las personas, arrojando así ambas disposiciones, pero no los ha comprendido el artículo. La segunda excepción se refiere al depósito *irregular*, y con más razón comprende el *regular*, consistente en cosas muebles ó inmuebles, ó cosas que se han entregado en caja cerrada ó bulto sellado, arts. 2188 y 2219. El depósito irregular admite compensación con una cantidad concurrente que el depositante le deba también por depósito (art. 2223); pero es necesario no confundir con los depósitos que se hacen en los bancos, que en realidad son verdaderos préstamos compensables como los demás. En cuanto al préstamo gratuito de uso de cosas no fungibles, como el comodato, p. e., se debe seguir lo dispuesto en el art. 2278, respecto á la cosa prestada, que no puede retenerse, y por consiguiente, no se puede compensar, desde que se trata de un cuerpo cierto; la obligación de daños y perjuicios puede ser compensada.

No se debe confundir el derecho de *retención* concedido en ciertos casos al poseedor de la cosa, por los gastos hechos, con la compensación, que es un pago verdadero.—Comp. sobre la primera parte POTHIER, *Obl.* n° 625. AUBRY y RAU, § 327, nota 1. TOULIER, VII, n° 382. LAROMBIÈRE, III, nos 1 á 3, al art. 1293, y sobre la segunda á DELVINCOURT, II, pág. 578. COLMET DE SANTERRE, V, n° 244, *bis*. DURANTON, VII, n° 448. Cód. FRANCÉS, art. 1293, FREITAS, art. 1169, n° 2. Véase arts. 2219 y 2223.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 824.—LL. 5, Tít. 3, y 27, Tít. 14, Part. 5°. L. 14, Tít. 31, Lib. 4, Cód. Rom. Se dispone sobre la obligación de satisfacer daños é intereses, y sobre el depósito irregular, porque la compensación no puede tener lugar sino respecto á las deudas de cosas fungibles. En el depósito regular, debe restituirse la misma cosa, un cuerpo cierto, y por consiguiente, no sería preciso exceptuar de la regla un caso, que no podría ser comprendido en ella.

La Ley de Partida, el Cód. Francés, el de Chile y los demás Códigos publicados, siguiendo el Cód. de Napoleón, exceptúan también de la compensación, el comodato ó préstamo á uso, lo que en verdad es un contrasentido. El comodato tiene, por su naturaleza, por objeto un cuerpo cierto y determinado, y desde que el comodatario pudiese volver otra cosa que el cuerpo cierto que se le prestó no sería comodato ó préstamo á uso, sino un préstamo de consumo, un mutuo. Por consiguiente, desde que el objeto del comodato es necesariamente un cuerpo cierto é individualmente determinado, y desde que la compensación no es posible sino entre deudas de cosas fungibles, no hay lugar ni necesidad

b) *No son compensables las deudas de alimentos (art. 825, 1ª parte)*, porque están destinadas á premiosas necesidades.

c) *No se pueden compensar las obligaciones de ejecutar algún hecho (art. 825, 2ª parte)*; porque en general los hechos perso-

(Art. 825.) Otra de las excepciones comprende las deudas de alimentos, declaradas intransferibles, porque están destinadas á servicios de absoluta necesidad. Si los alimentos no pueden ser embargados por causa alguna, es una consecuencia el no poder ser compensados, aunque consten de una pensión en dinero. Cuando el deudor hubiere adelantado la pensión mensual, pagándola anualmente, ó entregándole varios años, podría oponer á una demanda lo que hubiere entregado? Ese no es el alcance de la excepción. Los alimentos han sido pagados y se alegaría el pago, sin que hubiera compensación en ese caso. La obligación de alimentos no implica privarle del derecho de pagar varias anualidades ó mensualidades juntas, si quiere recibirlas el alimentado, ó depositarlas á su orden en el Banco de la Nación para que las tome de allí.

La obligación de hacer, que en general es indivisible, también goza del beneficio de no ser compensable; pero no hay razón para que no se pueda alegar compensación en los casos del art. 670, en que viene á ser divisible como lo proyectó Freitas, art. 1162, nº 4; así, cuando debo cierto número de días de un trabajo dado, en que no se ha buscado la competencia especial, si el acreedor me debe otros tantos días de trabajo semejante, debía admitirse la compensación. Pero en realidad se admitirá, porque debiendo demandarse tales cosas en juicio ordinario; se puede alegar la reconvencción. Comp. FREITAS, l. c. LAROMBIÈRE, III, nº 8, al art. 1293. TOULLIER, VII, nº 386. DURANTON, XII, nº 453. AUBRY Y RAU, § 327, nota 4 y nuestros arts. 374 y 1453.

de la excepción. Véase Marcadé sobre el art. 1293 del Cód. Francés, nº 830, y principalmente un escrito muy científico de Durantón, inserto en la Revista de Legislación de Félix, año 1846, contra varios artículos del Cód. Francés.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 825.—Las citas de los Códigos en el artículo anterior. Siendo la compensación un pago que puede hacerse cumplir aun contra la voluntad de los deudores, no es posible desde que el deudor no pueda ser obligado al pago efectivo. La deuda por alimentos, no puede ser embargada. Si la compensación pudiera tener lugar en deuda tal, traería el pago forzoso en una suma ó con un derecho que en el juicio no puede ser embargado, ni respecto de la cual el deudor puede ser obligado á cederla. En cuanto á las obligaciones de hacer, el artículo se funda en que esas obligaciones no son sobre cosas fungibles, únicas en que la compensación puede tener lugar.

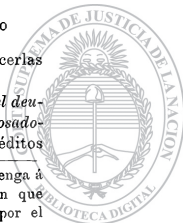




nales no están sujetos á una regla invariable; pero podrá hacerse valer como reconvencción.

d) *No son compensables entre el deudor cedido ó delegado y el cesionario ó delegatario, los créditos contra el cedente ó delegante que sean posteriores á la cesión notificada, ó la delegación aceptada (art. 826);* porque habiendo cesado la relación de derecho

(Art. 826.) Se trata de los casos en que ha tenido lugar la cesión del crédito, ó la delegación de la deuda, reglándose los derechos entre el deudor cedido ó delegado y los del cesionario ó delegatario. Cedido el crédito, la propiedad pasa al cesionario por la notificación ó aceptación; de esto último no se ocupa el artículo; traspasado, pues, el crédito por la notificación del deudor, éste no puede oponer la compensación de los créditos que sean posteriores á la notificación. Hablemos de la cesión aceptada, no notificada. Cuando hay aceptación de la cesión, la ley supone una renuncia del deudor para prevalecerse de la compensación. El art. 1295, Cód. Francés, al que ha seguido nuestro art. 1474 dice claramente: «el deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión que un acreedor hace de sus derechos á un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que hubiera podido oponer al cedente, antes de la aceptación.» Pero el presente artículo habla de la cesión notificada, no de la aceptada y dice: el deudor cedido puede oponer la compensación por los créditos anteriores á la cesión, pero no por los *posteriores*. La compensación no podrá deducirse por el deudor que aceptó la cesión por créditos contra el cedente (art. 1474); pero podrá hacerlo siempre contra el cesionario por los que tenga en su contra, sean anteriores ó posteriores. Sería por demás injusto autorizar al deudor cedido para que viniera posteriormente, cuando ha cesado toda relación jurídica entre él y el cedente á oponer al cesionario la compensación de créditos que había tenido contra el cedente. Freitas, arts. 1180 y 1181, ha separado los dos casos: en el primero, dispone que el deudor cedido ó delegado, una vez notificada la cesión, ó aceptada la delegación, pueden compensar al cesionario ó delegatario lo que le debiere el cedente ó delegante, los créditos que sean anteriores á la cesión notificada ó delegación aceptada; viniendo el segundo á decidir lo que nuestro artículo, que no son compensables entre el deudor cedido ó delegado y el cesionario ó delegatario, los créditos posteriores á la cesión notificada ó delegación aceptada. Nuestro art. 1474 no hace excepción, como se ha creído, sino que confirma estos principios. Cuando no se ha notificado la cesión, el deudor conserva todas las excepciones contra



entre los primitivos deudores y acreedores, no pueden hacerlas renacer en perjuicio del adquirente.

e) *Tratándose de títulos pagaderos á la orden, no podrá el deudor compensar con el endosatario lo que debiesen los endosatarios presedentes* (art. 827); porque el traspaso de estos créditos

el cedente, de manera que puede oponerlas al cesionario que venga á demandarlo; la única excepción á este principio es en la cesión que tiene lugar con el traspaso del crédito á la orden que se hace por el endoso. Cuando hubo delegación, anulando el nuevo deudor la relación de derecho del acreedor contra su primer deudor, la ha extinguido por la delegación, y sólo podría nacer en caso de nulidad de la segunda, si hubo novación; así, sería injusto autorizarle á deducir la compensación que renunció por el hecho de aceptar la delegación; porque siendo ésta un acto voluntario, ha podido rechazarla. A., deudor de B., ofrece á C. para que abone su deuda, los tres aceptan, y la delegación se opera sin inconveniente, quedando libre A.; pero al ejecutar B. la obligación contra C., éste le opone compensación de una acreencia que tenía contra A. anterior á la obligación. ¿Qué relación de derecho tiene A. en esta nueva obligación para autorizar á C. á oponerle la compensación contra él? Ninguna. El deudor delegado no puede oponer la compensación de sus créditos, contra el delegante, á su nuevo acreedor.—Comp. arts. 1460, 1468, 1469, 1474. AUBRY y RAU, § 329, texto y nota 9. LAROMBIÈRE, III, n° 3, al art. 1295. COLMET DE SANTERRE, V, n° 251 bis, 4. El artículo fué corregido con arreglo á la nota 139 de la Instituta.

(Art. 827.) Es una consecuencia de lo enseñado en el artículo precedente. El endoso es una delegación por cambio del acreedor de que se habló en el art. 817. El endosante ha entregado su deudor á otro acreedor, y así se lo han ido traspasando de unos á otros, y si el deudor no puede oponerle la compensación al último tenedor y dueño, por las acreencias que hubiera tenido contra el primitivo acreedor, menos debe permitirse cuando ha consentido expresamente en la transferencia del crédito, haciendo novación. En cuanto á la cesión, no puede caber duda ante este artículo y el 1474; pero si se piensa que es una verdadera delegación por cambio de acreedor, debe aplicarse á la segunda parte del precedente, apoyando la opinión allí manifestada, de que no puede oponerse la compensación de un crédito contra el primitivo acreedor.— Véase FREITAS, art. 1182.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 826.—Cód. Francés, art. 1295.—Sardo, 1386.—Napolitano, 1249.



se opera de una manera completa por el simple endoso, y el último endosatorio es el dueño, los demás son los deudores.

f) *El deudor ó acreedor de un fallido sólo podrá alegar compensación, en cuanto á las deudas que antes de la época legal de la falencia ya existían y eran exigibles y líquidas; mas no en cuanto á las deudas contraídas, ó que se hicieron exigibles y líquidas desde la época legal de la quiebra. El deudor del fallido en este último caso debe pagar á la masa lo que deba y entrar por su crédito en el concurso general del fallido (art. 828),* y aunque habría razón para rechazar lo absoluto de estos principios, cuando el que entregó la cantidad lo hizo de buena fe, y más si el deudor gozaba de todo su crédito; pero debemos respetar la inflexibilidad de la ley.

(**Art. 828.**) Siendo la compensación un verdadero pago, pues ambos deudores y acreedores recíprocamente han recibido cada uno lo que debían, debe tenerse en cuenta el tiempo en que el pago debió hacerse. Nadie puede obligarme á cobrar de A. los mil pesos que me debe, cuando los compensa con los mil pesos que yo le debo; pero ambas deudas deben estar vencidas, como lo dijimos en el art. 819. Cuando uno de los deudores recíprocos ha sido declarado en quiebra, ó hecho cesión de bienes, las acreencias vencidas, se han compensado; pero no, las que no lo estuvieren ó no fueren líquidas; así el deudor del fallido ó concursado estará obligado á pagar al concurso, entrando con los demás acreedores por su crédito, que sólo ha venido á considerarse vencido por la quiebra. La época legal de la quiebra para determinar la compensación, es no sólo la de su declaración en que el fallido es incapaz de pagar, sino la de la verdadera cesación de pagos, que el juez puede fijar en una época mucho más lejana según el estudio de los antecedentes. La prueba de la deuda anterior á la declaración de la quiebra puede justificarse por documento privado, si los asientos en los libros del fallido, llevados en forma, estuvieran conformes; en caso contrario, se atenderá á lo dispuesto en el art. 1085, sobre la fecha cierta del documento. Si la deuda no era líquida, la compensación no pudo ser alegada, y por consiguiente, el acreedor debe ir á la masa por ese crédito; esta decisión nos parece demasiado absoluta y envuelve una injusticia; el crédito era debido, existía antes de la falencia, pudo ser cobrado y liquidado, y sería hacer inflexible é injusto un principio de derecho, mandando al acreedor á la masa, por lo que le era debido, obligán-



g) *El fiador no sólo puede compensar la obligación que le nace de la fianza, con lo que el acreedor le deba, sino que también puede invocar y probar lo que el acreedor deba al deudor principal, para causar la compensación ó el pago de la obligación. Pero el deudor principal no puede invocar como compensable su obligación con la deuda del acreedor al fiador (art. 829);* porque en este último

dole á pagar lo que él debe. Es justo que la compensación no pueda alegarse en un juicio ejecutivo, porque la deuda no está liquidada; pero tratándose de la quiebra debería procederse como en la reconvención.—Comp. FREITAS, art. 1185. POTHIER, *Ob!*, n° 628. TOULLIER, VII, n° 369. DURANTON, XII, n° 397.

(Art. 829.) El fiador obligado á pagar la deuda afianzada puede alegar la compensación con lo que el acreedor le debiera, porque entrando en ese caso como principal obligado, está autorizado á ejercitar los derechos personales que le corresponden; pero no antes, porque su obligación sólo es accesoría.

También puede alegarla con lo que el acreedor deba al principal obligado, porque representa sus derechos y paga por él. No siendo deudor personal del acreedor, la compensación no se opera desde la existencia de su crédito, como sucede entre acreedor y deudor, sino desde la demanda. Cuando el fiador, pudiendo compensar con lo debido al deudor, no lo hiciere y alegare su acreencia personal, sólo podría cobrar al acreedor, ejerciendo la acción de su fiado, cuya compensación dejó de alegar. Si la acreencia del fiador se ha compensado, y el acreedor viene contra el deudor principal, éste puede oponerle la misma causa de extinción, y en ese sentido se debe entender la última parte del artículo; el deudor no puede oponer la compensación con la deuda del acreedor al fiador, mientras éste no la hubiere deducido.—Comp. DURANTON, XII, n° 427. LAROMBIÈRE, III, n° 3, al art. 1294. FREITAS, artículo 1178.

Si la fianza es solidaria no habría dificultad en admitir la compensa-

Nota del Dr. Veles Sarsfield al art. 828.—En cuanto á la primera parte, la resolución del artículo es el efecto legal de la compensación, dar las deudas por pagadas, desde el tiempo en que los créditos fueron líquidos y exigibles, como queda establecido en el art. 818.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 828.—Para oponerse á la compensación, es menester que el estado de insolvencia reúna los caracteres de la falencia legal á que se refiere el art. 828 del Cód. Civil.—LVII, 326.

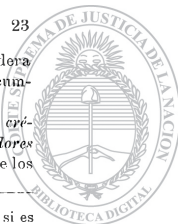
caso la obligación del fiador es accesoria, y éste se considera como extraño hasta que la obligación haya dejado de ser cumplida, siendo la fianza simple.

h) *El fiador solidario puede invocar la compensación del crédito del acreedor con el crédito de él, ó de otro de los co-deudores solidarios (art. 830);* porque pudiendo oponer cada uno de los

ción, porque está obligado como el deudor principal; pero no si es simple, porque no siendo verdadero deudor, sino cuando no ha podido pagar el principal, no podría oponerle la compensación sino cuando sea requerido.—Comp. arts. 2020 y 2023.

(**Art. 830.**) Este artículo ha sido inspirado por una crítica de Marcadé á la última parte del art. 1249, separándose de los verdaderos principios que rigen la materia. En las obligaciones solidarias cada uno de los deudores están obligados por la totalidad de la deuda; hay tantas obligaciones como deudores; pero esto no quiere decir que se puede demandar á cada uno de ellos, sino á aquél á quien se elija por su deudor; así dice Marcadé con razón: «en lugar de definir la deuda solidaria diciendo es aquella en que el total es debido por cada uno de los diversos obligados, se podría definir más exactamente: aquella por la cual el total es debido por aquel de los obligados al que el acreedor elija para demandarle su pago.» De donde saca él mismo la consecuencia lógica, que si el deudor elegido no tenía compensación que oponer, no podrá alegar la que tenga su co-deudor; si la tiene, sólo él puede oponerla, porque sólo él es el deudor de su acreedor. Y después de esta consecuencia, agrega que: «tal vez habría sido mejor rechazar esta teoría sutil, y admitir que hay compensación desde que uno de los co-deudores solidarios es acreedor del acreedor»; este es el principio que el Código ha consagrado desechando la opinión uniforme de todos los autores que representan una gran suma de saber y de observación, que debemos seguir cuando no haya poderosas razones para separarse. El principio desconoce la verdad de los hechos. El deudor solidario no elegido para el pago, no es tal deudor sino con relación á su co-deudor, con quien divide la deuda; los otros deudores quedan en el rango de fiadores, que pagarán la deuda si él no la abonase. ¿Cómo podría

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 829.—L. 24, tít. 14, Part. 5ª.—L. 5, tít. 2, lib. 16, Dig.—Cód. Francés, art. 1291.—Sardo, 1385.—Napolitano, 1248.—Holandés, 1466.



deudores las excepciones que sean comunes á los demás co-deudores ménos las meramente personales, tiene derecho á extinguir la deuda de esa manera.

La compensación se opera desde el momento en que las dos

entonces el obligado compensar la deuda de su acreedor con lo que éste debe á su fiador? Por eso se dijo en el artículo anterior que el deudor principal no puede alegar la compensación con lo que el acreedor deba á su fiador. El deudor solidario que paga la totalidad de la deuda paga una deuda propia con relación al acreedor, no paga las partes de sus co-deudores, y por consiguiente, no puede oponer en compensación sino lo que á él le deba personalmente el acreedor. Esta es la realidad de los hechos, tales como pasan en las relaciones civiles: separarse de ellos es caer en teorías sutiles que suponen lo que no existe; pero la ley dice lo contrario, y es necesario doblegarse ante sus mandatos: *statuit lex*. Se puede, pues, invocar la compensación por el deudor solidario, por lo que el acreedor deba á cualquiera de sus co-deudores solidarios, con esta diferencia: que cuando alegue la acreencia propia, la compensación se remontará á la época en que las dos deudas se compensaron realmente por su existencia; mientras las de sus co-deudores sólo se compensarán desde que fueron alegadas.—Comp. DOMAT, *Leyes civiles*, parte 1ª, lib. 3, tit. 3 S. 1, n° 8. POTHIER, *Obl.*, n° 630. Cód. FRANCÉS, art. 1294. AUBRY y RAU, § 328, texto n° 4, letra d. TOULLIER, VII, n° 377. LAROMBIÈRE, III, n° 5, al art. 1294.

Con relación á los acreedores solidarios para con el deudor, éste puede invocar la compensación que tuviere contra el acreedor que cobra la deuda, y extinguirá la obligación para con los demás; pero es dudoso que pueda hacerlo con las deudas de los otros acreedores solidarios que nada le han exigido; sin embargo, siguiendo el principio enseñado en este artículo, nos decidiríamos por la afirmativa, autorizando al deudor para alegar la compensación que tenga contra cualquiera de los co-acreedores solidarios. Freitas es más lógico cuando declara, que la compensación realizada entre el acreedor y uno de los co-deudores solidarios aprovecha á los demás, porque la deuda se considera extinguida y en realidad lo está, no pudiendo hacerse renacer para los otros; pero es la compensación operada y no la que debe tener lugar en adelante.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 830.—En contra, los artículos de los Códigos citados en el artículo anterior. Marcadé, n° 837, los impugna con las razones más sólidas, y nuestro artículo es el resultado de su doctrina.

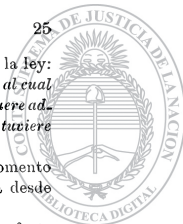


deudas existen con todos sus caracteres, y por eso dice la ley: *para oponerse la compensación, no es preciso que el crédito al cual se refiere se tenga por reconocido. Si la compensación no fuere admitida, podrá el deudor alegar todas las defensas que tuviere* (art. 831).

La compensación se opone como excepción en el momento de contestar la demanda, pero la sentencia determinará desde cuándo se ha operado la extinción.

La compensación que extingue la obligación, deja sin efecto las fianzas, hipotecas, ó cualquier obligación accesoria.

X (Art. 831.) El artículo ha sido mal traducido expresando una idea diversa. Freitas, art. 1184, dice: «quien opusiere la compensación no se reputará haber reconocido el crédito por el cual es demandado. Si la compensación no fuera admitida, podrá aún alegar todas las defensas que tuviere», negando la verdad de ese mismo crédito, su extinción, nulidad, etc. El Código expresa otra idea, y es que la compensación puede oponerse sin necesidad de reconocerse el crédito. ¿Pero qué importa la oposición de la compensación sin decir una palabra sobre el crédito?; Se tiene por reconocido por el solo hecho de oponer la compensación? Sobre esto guarda silencio. En mi opinión, la compensación alegada no importa privarse de las demás excepciones que tuviera contra el mismo crédito; el que la opone se vale de una de tantas excepciones para extinguir la obligación; puede alegar la falsedad del documento, el pago, la prescripción, etc., sin que la compensación opuesta establezca presunción alguna en favor de la verdad del crédito. Siguiendo, pues, la doctrina del Código, la compensación puede oponerse sin necesidad de reconocer el crédito y aun desconociéndolo, como un remedio subsidiario para el caso de ser reconocido judicialmente; pero el solo hecho de oponerla sin decir una palabra, no importa presunción de reconocimiento. Esta disposición corresponde á la ley de procedimientos.



TÍTULO XIX

DE LAS TRANSACCIONES

§ 254. — NOCIONES GENERALES

La transacción es un acto complejo susceptible de descomponerse; en lugar de un derecho dudoso é incierto, que desaparece, nace otro nuevo, cierto, indiscutible, reconocido por el que negaba el antiguo. Puede existir un obstáculo que impida la realización de cualquiera de los actos, y sin embargo, la transacción permanecerá firme respecto de los otros; por esa razón, expreso en el comentario que no es conforme á la justicia, ni á la equidad, mantener los sacrificios que una de las partes hubiera hecho, cuando han desaparecido las ventajas que se le acordaba á la otra.

Se puede definir *la transacción* diciendo *es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas ó dudosas* (**art. 832**).

(**Art. 832.**) La transacción es una convención accesoria, supone un acto jurídico que ha creado la relación de derecho que se viene á reglar; debe tener las condiciones siguientes: 1ª, ser un acto bilateral; 2ª, hacerse concesiones recíprocas; 3ª, extinguir las obligaciones litigiosas ó dudosas.

Respecto de lo primero, ambos contratantes deben obligarse recíprocamente, y cuando alguno de ellos no cumpliera lo pactado, sólo habrá derecho para ejecutar la transacción, á menos de existir pacto comisorio. En la transacción es donde se revela con la mayor fuerza la necesidad de ejecutar el contrato, pues se ha querido concluir diferencias que no deben volver á nacer.

2º Deben hacerse concesiones recíprocas, pues si sólo existieran por una de las partes no habría transacción, sino renuncia, remisión ó desistimiento. La transacción supone renuncia por una y por otra parte de lo que creen su derecho; no hay necesidad que las renunciaciones sean proporcionales en importancia, porque eso dependerá del mayor ó menor fundamento de los derechos respectivos; así, el que se crea



La transacción no es siempre un contrato, porque está destinada á extinguir obligaciones, y forma uno de los medios de pago, mientras el contrato hace nacer derechos.

con mejor derecho y tenga títulos se tomará la mayor parte, sin que esto altere la naturaleza del contrato. Cuando la concesión de una de las partes sea irrisoria, se considerará como una cuestión de hecho, y los jueces la apreciarán, declarando si ha existido transacción, renuncia ó desistimiento.

3° Las transacciones sólo se refieren á los derechos litigiosos ó dudosos, no se puede transar sobre lo que no ofrece duda. Esto se reducirá en la mayor parte de los casos á cuestiones de hecho. El temor de un proceso y de sus consecuencias, pueden determinar á uno de los contratantes para transar, aun conociendo la injusticia de las pretensiones del reclamante; los jueces no deben trepitar entonces en declarar válida la transacción; pero cuando no se ha iniciado el proceso y el derecho no fuera dudoso, la transacción carecería de objeto, y no sería válida como tal; no obstante, según las circunstancias, podría ser admitido el acto como simple renuncia, lo que sucede en el caso del art. 860, en que se declara válida la transacción sobre un asunto concluido por sentencia firme, si ambas conocían la decisión. Para la calificación de dudoso, del derecho sobre el cual se transa, es necesario que la pretensión inspire un temor razonable.—Comp. AUBRY y RAU, § 418, nota 2. DURANTON, XVIII, n° 535. PAUL PONT, *Contratos pequeños*, II, n° 570 al art. 2046. FREITAS, art. 1196. GONZALEZ, art. 1713. Cód. DE CHILE, art. 2446.

La diferencia entre la transacción y la renuncia gratuita es bien marcada; la transacción exige un sacrificio mutuo; es decir, hay reciprocidad, mientras en la renuncia no existe; p. e., cuando se renuncia á atacar un testamento que le priva de derechos; ó el acreedor que libera al fiador, en ambos casos no hay transacción, porque uno de ellos nada renuncia. Difiere de la enajenación, en que la transacción es sólo declarativa del derecho y no lo transfiere, y tiene por objeto un derecho litigioso, mientras en la enajenación se transfiere el derecho al adquirente y tiene generalmente por objeto de las cosas libres. Difiere de la confirmación ó ratificación, en que en estos actos se cubre ó subsana la nulidad real ó verdadera, mientras en la transacción la nulidad es dudosa necesariamente. Se diferencia del simple desistimiento, en que para este basta la voluntad de uno de los litigantes, mientras la transacción exige como una necesidad el consentimiento de ambos. Y, final-





La transacción es un acto jurídico, y *le son aplicables todas las disposiciones sobre los contratos respecto á la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este título (art. 833).*

mente, difiere del compromiso, porque las partes eligen un juez árbitro para resolver la controversia, mientras en la transacción ellos mismos son jueces y deciden la cuestión.

(**Art. 833.**) La transacción es un contrato, y como tal está sujeto á todas las condiciones de las leyes generales para su validez: capacidad para celebrarlos, arts. 839 y sigs., y subsidiariamente los arts. 1160 y sig., objeto de las transacciones, arts. 842 y sig., y 1167 y sig.; las modalidades de los demás contratos le son aplicables, y pueden tener lugar bajo condición suspensiva ó resolutoria; respecto de la forma, no tiene una especial, y según el objeto se determinará, porque si son sobre bienes raíces, se harán en escritura pública; si los derechos estaban en litigio, se hará en el expediente presentándolo á la aprobación del juez de la causa. Con relación á la prueba estará sujeta á las leyes de procedimientos que dictan las provincias. En cuanto á las nulidades, pueden tener lugar por falta de capacidad, consentimiento, objeto ó forma, y se gobernarán por las leyes que rigen los demás contratos en los mismos casos.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 832.—Aubry y Rau, § 418.—Véase L. 34, tít. 14, Part. 5ª.—L. 38, tít. 4, lib. 2, Cód. Rom.—L. 1, tít. 15, lib. 2 Dig.—Cód. Francés, art. 2044.—de Luisiana, art. 3038.—Sardo, 2083.—Holandés, 1888. Austriaco, 1380.—Las disposiciones de los Códigos de Austria y de Prusia sobre la necesidad de concesiones recíprocas y de derechos contestados, confirman la definición que damos. El primero de estos Códigos, art. 1381, dice: «La remisión de un derecho litigioso ó dudoso hecha al obligado constituye una donación.» El de Prusia, art. 408, dice: «Las transacciones sobre derechos no contestados, serán miradas como una renuncia.» La ley citada del Cód. Rom. declara también: *Transactio nulle dato vel refuto seu promisso, minime procedit.*

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 832.—El contrato por el cual se enajenan terrenos, respecto de los cuales no existe duda ó pleito, ni intervienen concesiones recíprocas, no es transacción.—LIII, 75.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 832.—El convenio sobre pagos parciales con el firmante de una letra, no importa una transacción ni enerva el derecho de cambiar la ejecución por el todo contra otro de los firmantes.—Jur. Com., VII, 403, Sér. 4ª.



§ 255.—CONDICIONES ESENCIALES PARA LA VALIDEZ DE LAS TRANSACCIONES; MODOS DE INTERPRETARLAS

La transacción como acto jurídico está sujeta como las demás á las condiciones esenciales para su formación: consentimiento libre, objeto litigioso y forma del acto.

El consentimiento debe manifestarse libremente y tener capacidad para hacerlo; con relación al objeto de la transacción, es necesario que los derechos sean litigiosos ó dudosos, ya sean el motivo de un pleito, ó que baste el temor razonable de evitarlo, cuando se ha contestado privadamente el derecho.

Con relación al modo como debe considerarse la transacción, la ley ha impuesto que *las diferentes cláusulas sean indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula ó que se anulase, deja sin*

El error sobre la persona puede anular la transacción; en este punto se han dividido los autores. Se confunde algunas veces el error sobre la persona por ser imposible separarlo con el relativo al objeto; así en el ejemplo de Massé y Verger sobre Zachariæ, § 769, nota 1, transando con «Pablo sobre una contestación relativa á un derecho de Santiago», entonces la transacción es nula, porque el error sobre la persona y la del objeto se confunden; lo que domina en este caso es la falta de objeto, y la persona viene á desempeñar un papel accidental. El verdadero error sobre la persona, que no toca al objeto de la transacción sería, cuando el derecho perteneciera á Pablo, con el cual transo equivocándome sobre las condiciones de él; así, por ejemplo, he creído que era hijo de un amigo al cual debo beneficios, y por esta circunstancia he realizado la transacción, y resulta que es hijo de un enemigo: el contrato podría anularse, si se demostrase que sin el error no lo habría realizado; pero debería mantenerse si mi objeto fué librarme del pleito.—Comp. AUBRY y RAU, § 422, nota 3. DURANTON, X, n° 124. MASSÉ y VERGER, sobre Zachariæ, l. c. y FREITAS, art. 1197.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art 833.—*La fijación del precio de la cosa que se da en pago por una transacción sobre derechos en litigio, no es un requisito indispensable para la validez del acto.—Jur. Com., V, 48, Sér. 1°.



efecto todo el acto de la transacción (art. 834), á no ser que las partes manifestaran lo contrario, dándole la forma de un contrato aleatorio, ó de varios actos separados unos de otros.

Las transacciones suponen sacrificios recíprocos respecto de los derechos que las partes se atribuyen, y su principal objeto es fijar de una manera indudable esos derechos concluyendo la controversia, por esa razón *las transacciones deben interpretarse estrictamente. No reglan sino las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intención de transigir, sea que esta intención resulte explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se halle expreso (art. 835);* por con-

(Art. 834.) La transacción como acto jurídico bilateral está sujeta á cláusulas diferentes que son indivisibles, pero los interesados pueden pactar lo contrario; así el principio no es absoluto. Como dice Troplong (Transacciones, n° 133): «si-la regla general es que los tribunales deben considerar como encadenándose de una manera inseparable todas las partes de una transacción, los contratantes pueden convenir que la transacción tenga partes independientes y separadas, y entonces los jueces deben inclinarse ante esta voluntad.» La intención de separar las cláusulas de una transacción, debe estar claramente expresada, y si faltare cualquiera de ellas, la dejará sin efecto. En la transacción las partes pueden imponerse penas para obligarse á cumplirla, y entonces se regirá por lo establecido en las obligaciones con cláusula penal. La transacción produce el efecto de la cosa juzgada para las partes, pero no puede perjudicar á tercero; así, la transacción celebrada entre A. y B., litigando con B. y C., no puede serle opuesta á C., que seguirá el juicio por su parte, á menos que no fueran solidarios, ó se tratase sobre cosas indivisibles.—Comp. AUBRY y RAU, § 421, nota 10. TROPLONG, l. c. DALLOZ, 1832, I, 390, y nuestros arts. 534, 847, 1039, 1176 y la nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 850.

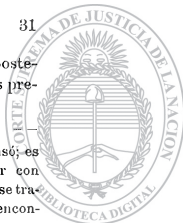
(Art. 835.) Las transacciones tienen por objeto principal concluir las diferencias entre las partes, deben interpretarse restrictivamente, limitándose al pleito ó cosa sobre que se ha querido dirimir por propia voluntad; así la excepción de transacción sólo tiene efecto cuando la

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 834.—Aubry y Rau, § 421.—Merlin, *Verb. trans.* § 5, n° 3.—Troplong, *Transact.*, n° 133.

siguiente, no deben comprenderse las circunstancias que posteriormente ocurran y que vinieran á reforzar ó aumentar las pretensiones de una de las partes.

nueva demanda tiene por objeto la misma cosa sobre que se transó, es una excepción semejante á la de cosa juzgada. Para determinar con exactitud las diferencias transadas cuando hubiere alguna duda, se tratará de investigar cuál era la situación en que las partes se han encontrado respectivamente, y las consecuencias que no han podido preverse. Merlin (Rep. V°. Transacción, § 4, n. 2), trae este caso: «si los herederos de un herido, que ha muerto de sus heridas después de haber transado sobre los daños y perjuicios que se le debían, pueden perseguir al matador, no obstante la transacción.» Y se ha decidido, con razón, que habiéndose transado sobre las heridas y no sobre los perjuicios ocasionados á sus herederos con la muerte, no puede oponérseles la cosa juzgada. Fundado en este mismo principio, el Código declara rescindible la transacción, cuando se descubrieren nuevos documentos que no se conocían al tiempo de hacerla, art. 859. Si la transacción no debe ir más allá de la voluntad de las partes, resulta que la intención de éstas debe servir de límite, y estamos obligados á separar todo lo que no se haya pensado, *ad incogita*, como dicen los autores: la regla de Ulpiano, ha servido de base á estas disposiciones. La transacción debe sólo limitarse á la cosa sobre que versa; si hemos transado sobre el capital de una dote, no comprende los intereses; si sobre tales ó cuales bienes de una sucesión, sólo comprenderá los bienes expresados. Cuando se usa de formas generales, como las de renuncia á todos los derechos y acciones, se entiende que son únicamente respecto á la cuestión sobre que se ha transado.

Quando se trate de interpretar una transacción, es necesario remontarse á la causa que la ha producido, y encontrada, buscar la intención de los partes. La interpretación restrictiva jamás debe empequeñecer el círculo de su verdadera esfera de acción. Cuando las partes hubieran transado, renunciando expresa ó terminantemente á las causas imprevisas y desconocidas, declarando el acto irrevocablemente concluido, aunque el título de uno de ellos fuera nulo, ó apareciesen nuevos documentos, la transacción no podría ser anulada; la voluntad de las partes debe sobreponerse en este caso, y el círculo de acción que tiene el acto debe comprender lo expresamente convenido. No pensamos, como Troplong, que esas cláusulas carezcan de reflexión y no sean razonables, porque la transacción toma en la hipótesis un carácter verdaderamente





Debe tenerse siempre presente, que *por la transacción no se transmiten, sino que se declaran ó reconocen derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre que ella interviene (art. 836, 1ª parte)*; no hay generalmente enajenación, y sólo cuando se entregan cosas propias en pago de la renuncia, hay transmisión de dominio. *La declaración ó reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace á garantírvlos, ni le impone responsabilidad alguna, en caso de evicción, ni forma un título propio en que fundar la prescripción (art. 836, 2ª parte).*

aleatorio, que pueden darle los interesados para concluir definitivamente el asunto.—Cons. MERLÍN, *Rep. 1º. TRANSACCIÓN*, § 4, n. 2. AUBRY y RAU, § 421, nota 8. TROPLONG, *Transacción*, al art. 2049. ZACHARIE, § 768, nota 5, y nuestros arts. 533 y 874.

(**Art. 836.**) La transacción no es una enajenación, dijimos en la nota 832, porque no hay trasmisión de dominio, las partes se reconocen derechos que antes se negaban; no hay mutación por transferencia, sino declaración y reconocimiento. Pero la cuestión, que parece sencilla, asume cierta gravedad, cuando el poseedor entregase la propiedad reclamada por una suma de dinero, ó si se diera otra cosa por el reconocimiento. En el primer caso, la cosa ha pasado á un nuevo propietario, y aunque el anterior sólo ha reconocido su derecho en virtud de una suma recibida, no sería justo que quedara con ese dinero, si la cosa fuera reivindicada por el verdadero propietario, privándole así del objeto de la transacción, á menos que el contrato se hubiera hecho bajo una forma aleatoria. La cantidad pagada puede dar también un antecedente para determinar si hubo una venta disfrazada, en que la evicción se impondría como una medida necesaria. En el segundo caso, la cuestión es más clara. La cosa que se ha dado en pago del reconoci-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 835.—L. 9, Tít. 15, Lib. 2, Dig.—Cód. Francés, arts. 2048 y 2049.—Sardo. 1892.—de Luisiana, 3040.—Aubry y Rau, § 421.—Zachariæ, § 768.—Merlin, *Rep. Verb. transact.*, § 4.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 835.—Las transacciones deben interpretarse restrictivamente.—Jur. Civ., XXIII, 390.

Fallos de la Cám. de Apel. de la C. N.—Aplicación del art. 835.—Las transacciones no aprovechan ni perjudican á los terceros, que, aunque interesados, no hayan intervenido.—Jur. Com., IV, 481.

Para que proceda la nulidad del desistimiento de una acción judicial, debe justificarse previamente que fué el resultado de un convenio.—Jur. Civ., II, 16; Sér. 4ª.

Siendo, pues, la transacción declarativa y no translativa de la propiedad, no cambia el título, ni confiere uno nuevo; de ahí

miento debe ser garantida por el que la da, pues él responde de su propiedad. El objeto dado no es el litigioso para que no lo garantice, le pertenece por derecho incontestable. Debíamos, pues, circunscribir los términos del artículo, á cuando se divide por transacción una cosa litigiosa, en que sólo se reconocen derechos. Todos los autores y el artículo 854 están contestes en afirmar que, cuando una de las partes deja á otra la misma cosa objeto de la transacción, mediante cierto precio en dinero, la evicción no debe tener lugar, porque, como dice Troplong (Transacción 12): «aquel en cuyo favor se hace la renuncia, no tiene derecho de decir que tiene la cosa del renunciante, desde que él ha sostenido que le pertenecía. ¿Sobre qué se fundaría la evicción? El renunciante no le ha prometido, por otra parte, hacerle gozar pacíficamente de la cosa, se ha obligado sólo á cesar en sus pretensiones». En el Consejo de Estado, al discutirse el Cód. Francés, fué suprimido un artículo semejante al nuestro, por injusto, pues como dijo M. Berlier, aunque era tomado en su primera parte del derecho romano, hería la justicia. Una cosa es la obligación de evicciónar el objeto entregado, y otra tener derecho para retener el precio pagado por el reconocimiento; si resulta que la cosa no era de ninguno de los que se llamaban dueños, ¿con qué derecho se mantendría el pago por el reconocimiento? ¿No hay falta de causa para retener el precio? El mismo Troplong reconoce que si una de las partes declara en la transacción que la cosa pertenecía al otro, y que la ha adquirido mediante un precio pagado á éste, la evicción sería de derecho. No se debe autorizar á retener el precio recibido, cuando la cosa objeto de la transacción haya sido reivindicada por el verdadero dueño. El artículo tampoco autoriza semejante injusticia, pues sólo comprende los derechos litigiosos ó dudosos que se reconocen unos y otros; no las cosas que se entreguen en virtud de esos reconocimientos, y que son de propiedad del que las da; pero el art. 854 es terminante respecto á la no devolución de lo entregado por la transacción; mientras el art. 855 decide lo contrario, cuando se ha entregado una cosa propia, pues debe evicciónarla. Aubry y Rau, § 421, texto y nota 18; Troplong, l. c.; Paul Pont, *Contratos*, II, n° 648; Molitor y otros sostienen que nada debe devolverse, cuando la cosa hubiera sido reclamada y tomada por el verdadero propietario, pero tengo en favor de mi tesis á Freitas, art. 1212, y á Tronchet, Cambaceres, Jolivet y Berlier, que rechazaron como injusto el art. 16 del proyecto del



es que por sí sola no puede servir para fundar la prescripción. El que alegare la prescripción con el título que se le ha recono-

Cód. Francés, concebido en estos términos: «No hay lugar á la garantía de los objetos á los que cada parte pretendia tener derecho, y de los que se ha desistido en favor de la otra, *aunque el desistimiento se haya pagado con una suma de dinero*. No obstante, si una parte es vencida por un tercero antes que se haya ejecutado la transacción, no puede ser obligada á ejecutar por su parte, á menos que el caso de evicción se haya previsto. El primer Cónsul observó que el artículo le parecia injusto, que en el caso previsto la transacción debía ser nula, á menos que haya una renuncia pura y simple de la parte vencida. M. Berlier dijo: que en efecto esta disposición, aunque no era nueva, sino copiada del derecho romano, parece herir la justicia en su primera parte. En cuanto á la segunda, era inútil, porque sea en el caso de que se ocupa como en cualquier otro, se puede prever la evicción, y renunciar á los derechos que son su consecuencia», y el artículo fué rechazado unánimemente.—Véase Locré, XV, 408, n° 13. Y hago estas transcripciones contra mi costumbre, porque deseo hacer penetrar la injusticia que encierra la disposición. Freitas dice en la nota al art. 1212, sosteniendo que en caso de evicción hay lugar á restitución de lo recibido, que no se encuentra conforme con las decisiones contrarias. La letra de nuestro artículo 854 establece que no se devuelva lo recibido en caso de evicción; pero el siguiente ordena que la cosa dada en pago de la transacción sea eviccionada. ¿Por qué debería pagar la cosa y no se devolvería el precio en caso semejante? Se dirá que la entregó como suya y le ha sido quitada, mientras en la otra hipótesis sólo ha renunciado derechos dudosos y hace suyo el precio de la renuncia, aun cuando resultase que la cosa hubiera sido ajena. Aunque la disposición parece injusta hay que obedecerla.—Comp. AU BRV y RAU, § 421 texto y nota 22 fundado en Pothier. *Venta* n° 647. TROPLONG, l. c., n° 11 y 13. ZACHARIE, 768, nota y texto 7. MERLIN, *Rep. l° Transacción*, § 4, n° 6. PAUL PONT, *Contratos*, II, n° 640.

El artículo agrega: que la transacción no forma un título propio en que fundar la prescripción, y es necesario explicar el alcance de esta disposición, que tomada de una manera absoluta sería inexacta. Por ejemplo, cuando en virtud de una transacción se me ha entregado una propiedad raíz que no formaba parte del litigio, mi título sería justo, legítimo y translativo de dominio y serviría para fundar la prescripción. La ley se refiere al objeto mismo de la transacción, que en realidad no cambia de



cido, podrá prosperar si el título fuese bueno, pero el reconocimiento no le dará valor.

§ 256.—DE LA FORMA DE LAS TRANSACCIONES

La transacción no tiene forma determinada y se debe regir por la de los actos jurídicos. Debe ser escrita, cuando su valor exceda de 200 \$, y no podrá probarse por testigos; pero si fuere sobre bienes raíces, se hará en escritura pública.

La validez de las transacciones no está sujeta á la observancia de formalidades extrínsecas; pero las pruebas de ellas están subordinadas á las disposiciones sobre las pruebas de los contratos (art. 837), y se regirá por lo que determinen las leyes de procedimientos.

propietario, desde que solo se reconoce el derecho invocado. Así, el que teniendo título retiene la cosa detentada en virtud de la transacción, no se crea por el renoncimiento un nuevo título; si lo tenía para prescribir, prescribirá la cosa en virtud de su título, no en virtud de la transacción que no se lo ha dado. Cuando la transacción es translativa de la propiedad, como en el ejemplo anterior: tratándose de la misma cosa, no hay transmisión de dominio, aunque pueda existir en el caso de la l. 8, tit. 26, lib. 7, Cód. Romano; pero es raro, porque las pretensiones de las partes siempre ofrecen puntos dudosos. Si al hacer la transacción una de las partes reconoce su propiedad, y la cede al otro por un precio, habrá en realidad venta.—Comp. TROPLONG, *Prescripción*, II, n° 882. AUBRY y RAU, § 218, n° 3, y l.l. 29, tit. 2, lib. 41, Dig., y 8, tit. 26, lib. 7, Cód. ROMANO.

(Art. 837.) El principio enseñado está sujeto á las excepciones siguientes: cuando la transacción versare sobre derechos litigiosos, que necesita hacerse por escrito ante el juez de la causa, ó cuando fuere sobre inmuebles, que debe hacerse en escritura pública (arts. 838 y 1184, n° 8).—Véase FREITAS, art. 1208.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 836.—L. 33, tit. 4 lib. 2, Código Romano.—Aubry y Rau, § 421.—Pothier, *De la vente*, n° 647.—Trop long, *Trans.*, números 7 á 10.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 836.—Por la transacción no se transmiten, sino que se declaran ó reconocen derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre que interviene.—XXXV, 342.



La prueba testimonial está proscrita para todo contrato que exceda de la tasa establecida por la ley; en cuanto á las presun-

El Cód. Francés, art. 2044, en su segunda parte exige que el contrato sea escrito, y no obstante, todos los autores están contestes en sostener que la forma escrita no se ha exigido como una *solemnidad*, sino como un medio de prueba, y que si es confesada en juicio debe valer aunque hubiera sido verbal. Nuestro artículo no ofrece dificultad: para la transacción no hay formalidad extrínseca; pero en cuanto á la prueba está sometida á las disposiciones de los contratos que no pueden demostrarse por testigos cuando pasen de 200 \$. Hay que distinguir cuidadosamente la *forma ó solemnidad* de un contrato ó acto jurídico cuya existencia depende de ella, como el testamento, p. e., que no tiene valor si no está en forma señalada, ó las donaciones de inmuebles que no existen sin la escritura pública, con la prueba del mismo contrato ó acto que es completamente diferente. Los contratos sobre bienes raíces deben hacerse en escritura pública, pero probadas por documento privado ó confesión de partes, se extenderán en la forma designada, valiendo como tales. Algunas veces la prueba se confunde con la forma, como en el caso del art. 1812, pues la donación no se juzga probada sin la exhibición de la escritura pública.

La transacción tiene por objeto concluir las diferencias entre dos ó más individuos, y no se llenaría éste si pudiera volverse á la misma discusión; habría sido más pertinente no admitir la existencia del contrato sino en la forma escrita. La transacción cuyo valor exceda de 200 pesos debe hacerse por escrito, sin que pueda probarse por testigos, lo que no excluye que se demuestre por la confesión. Las otras pruebas deben rechazarse como lo observamos en la nota al art. 1193. En cuanto á si la confesión extrajudicial puede probarse por testigos, la rechazamos, porque sería admitir indirectamente la prueba testimonial con relación al contrato mismo. Los autores franceses rechazan la prueba testimonial en las transacciones, aunque sean de menor valor de 150 francos, es el mismo caso de nuestro art. 1193; por nuestra parte, nos separamos de esa opinión, teniendo presente que los contratos que exceden de 200 pesos no pueden probarse por testigos, lo que implica la facultad de demostrarlos de esta manera, cuando sean de una suma inferior.—Comp. Bonnier, *De prueba*, I, n° 138. En contra Aubry y Rau, § 420, texto y nota 8. LAROMBIÈRE, V, n° 4 C, al art. 1347. Zachariæ, § 767, texto y nota 6. El Código Argentino dice: la transacción no está sujeta á forma alguna, y en cuanto á su prueba se rige por las disposi-





ciones se guarda silencio con relación á las transacciones. La prueba del juramento decisorio que las leyes de procedimientos admiten en los juicios, no se debería excluir en las transacciones; la confesión es la prueba más completa y lleva al espíritu del juez el convencimiento necesario, para decidir la controversia y debe ser admitida; pero la confesión extrajudicial será rechazada. La prueba escrita es la más segura y puede hacerse por documento público ó privado.

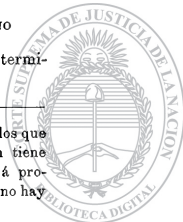
Si la transacción versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente sino presentándola al juez de la causa, firmada por los interesados. Antes que las partes se presenten al juez exponiendo la transacción que hubiesen hecho, ó antes que acompañe la escritura en que ella conste, la transacción no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella (art. 838); en este caso no se trata de probar la transacción,

ciones de los contratos, y como éstos admiten la prueba testimonial cuando el valor es menor de 200 pesos, debe admitirse igualmente en las transacciones.—Comp. nuestros arts. 833, 974, 1020, 1021, 1184, n° 8, 1187 y 1193.

(Art. 838.) Este es una excepción al principio sentado en el artículo anterior, y si los derechos son litigiosos, deben llenarse las formas siguientes: 1ª, ser presentada al juez de la causa; 2ª, estar firmada por los interesados; 3ª, si se hace por escritura pública debe ser presentada al juez de la causa; cualquiera de las condiciones que falte se tendrá por no concluida, y las partes podrán desistir de ella. Agregamos, la que se hace por acta judicial será válida.

Freitas. art. 1203, pena con nulidad la transacción en los dos primeros casos; pero si la transacción firmada se presenta equivocadamente ante otro juez que el de la causa, será válida? Las partes, ¿podrán desistir de ella, y no estarán obligadas á cumplirla? Por dura que parezca la afirmativa, ella se sostiene con la letra expresa de la ley: podrán desistir. Parece impropio que habiendo autorizado por los arts. 1185 y 1188 á demandar el cumplimiento del contrato que no

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 837.—Si en la transacción judicial no se estipula el pago de intereses, el acreedor carece de derechos para cobrar los devengados en una obligación ejecutiva.—Jur. Com., II, 532, Sér. 2ª.



pues consta por escrito firmada por las partes, sino de determinar el tiempo desde que se hace irrevocable.

estuviere hecho en la forma ordenada, se negare este derecho á los que transan; pero se justifica teniendo presente que la transacción tiene por objeto concluir un litigio, y de esta manera se autorizaría á promover uno nuevo. Mientras no se presente al juez de la causa, no hay transacción.

Si los interesados han convenido verbalmente ante numerosos testigos las condiciones de la transacción, no podrán ser obligados á cumplirla; sería otro pleito que se formaría en vez de haber terminado el antiguo. Deben hacerla por escrito, firmarla y presentarla, para que sea irrevocable.

Cuando se ha hecho por escritura pública no se tendrá por consumada, hasta que no se hubiere agregado la escritura á los autos; pero aquí deberíamos detenernos, no dando derecho á los interesados para separarse de ella, como se desprende de la redacción del artículo. Freitas, l. c., dice: «antes de la agregación de la escritura á los autos, la transacción no se tendrá por consumada», y nuestro Código ha agregado, y los *interesados podrán desistir de ella*, expresión que consideramos introducida inconsultamente. La escritura pública es un acto auténtico, como el escrito ratificado por las partes, y si necesita de su presentación para terminar el litigio, es sólo por la naturaleza del juicio, donde debe constar la manera como ha concluido, no porque las partes pudieran desistir de la transacción.

Presentada la transacción, el juez la manda ratificar; si una de las partes no quiere hacerlo, no por esa circunstancia se podrá separar ó desistir. La transacción será válida desde que las partes la celebraron, si fué presentada firmada al juez de la causa; porque ellas mismas han resuelto el asunto sustituyéndose al juez, produce el efecto de la cosa juzgada y sólo pueden atacarla alegando violencia, intimidación, etc. La transacción puede hacerse verbalmente ante el juez de la causa, y firmada el acta en que conste lo convenido, queda concluida. La transacción es una excepción al principio señalado en los arts. 1185 y 1188 y se aplica el 1186.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 838.—El acto por el cual, durante un juicio ejecutivo, las partes convienen en arreglar todas las cuentas pendientes, debiendo el actor desistir de la ejecución, no es una transacción, sino un arreglo de cuentas, sin que altere su naturaleza el haber renunciado el actor á la mitad



CAPITULO PRIMERO

§ 257. — DE LOS QUE PUEDEN TRANSIGIR

Se dijo que la transacción no importaba una transmisión de derechos, pero es únicamente para los efectos de la garantía; porque en realidad lleva consigo un abandono de los derechos que se han sostenido; por eso dice la ley que, *no puede transigir el que no puede disponer de los objetos que se abandonan en todo ó en parte (art. 840).*

(Art. 840.) Se nota cierta incongruencia en este artículo y los principios del 836; en la transacción no se *abandonan* derechos, en el sentido de enajenarlos, sino se reconocen los que se negaban antes. La regla *transigere et alienare*, ha sido rechazada en principio por nuestro Código. ¿Qué alcance debemos dar entonces á la palabra disponer? Se dispone á título gratuito ó oneroso: el tutor, p. e., puede vender ciertos bienes del pupilo, y sin embargo, no puede donarlos ni transigir sobre ellos. En la transacción hay sacrificios mutuos que pueden considerarse como el precio de las renunciaciones recíprocas; la

de las costas procesales. Ese acto debe ser observado, aunque el documento que lo contiene no haya sido presentado al juez de la causa.—LXI, 383.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 838.—El desistimiento condicional, no surte efecto de transacción mientras la condición no haya sido llenada.—Jur. Civ., VII, 104, Sér. 1ª.

Presentada la transacción al juez, no procede el desistimiento de lo en ella estipulado.—Jur. Civ., IX, 82, Sér. 4ª.

La transacción sobre derechos litigiosos, que no es presentada al juez para su aprobación, no obliga á las partes, que hasta el momento de ser presentada pueden negarse á su cumplimiento.—Jur. Civ., I, 92, Sér. 4ª.

El escrito de transacción no presentado al Secretario, puede ser retirado por cualquiera de los firmantes, en tanto no tenga cargo de presentación.—Jur. Com. VII, 70, Sér. 4ª.

La ratificación de las firmas, no es requisito esencial para la aprobación de la transacción, mientras las partes no aleguen su falsedad.—Jur. Com., IV, 35, Sér. 2ª.

Las partes no pueden desistir de la transacción después de presentada al juez del litigio.—Jur. Com., IV, 35, Sér. 2ª.

El cumplimiento de las transacciones es ineludible después de su presentación al juez, para las partes que las suscriben.—Jur. Civ., IV, 481, Sér. 1ª.

Aprobada la transacción por juez competente las partes sólo pueden exigir su cumplimiento.—Jur. Civ., I, 493, Sér. 1ª.



La capacidad comprende el libre ejercicio del derecho de que se tiene posesión, porque uno puede tener el uso y goce, como en el usufructo, y el otro la propiedad de la cosa; comprende igualmente la facultad de enajenarlo, porque uno pue-

palabra disponer comprende sólo la facultad de hacerlo á título oneroso. Cuando el heredero presuntivo ha sido puesto en posesión definitiva de los bienes, la transacción celebrada obliga al verdadero heredero que la toma después. La transacción de un derecho cedido, hecha después de la notificación al deudor, sería nula, porque ya no es dueño del derecho. La transacción sobre cosa ajena sería en consecuencia nula, pues necesita ser dueño de la cosa sobre que se transige.—Comp. MERLIN, *Rep.* V°. *Partición* § 11, AUBRY y RAU, § 420, texto y nota 1, y nuestros arts. 1040 y 3383.

No es necesaria la ratificación personal del interesado, si el apoderado tiene facultad de firmar transacciones.—IX, 261, Sér. 4°.

La transacción debe cumplirse, aun cuando no haya sido aprobada por el Juzgado, siempre que se reconozca su autenticidad.—II, 313, Sér. 6°.

Si la transacción ha sido judicial, los jueces pueden ordenar su cumplimiento sin sustanciación alguna.—X, 11, Sér. 2°.

La transacción presentada al Juzgado, implica reconocer cumplidas todas las cláusulas que resulten de la misma, y que debían cumplirse con anterioridad.—IV, 392, Sér. 2°.

Cuando la ley requiere para determinados actos, la solemnidad de la escritura pública, surte los mismos efectos y tiene igual fuerza la presentación de la transacción al juez de la causa.—IV, 111, Sér. 3°.

La transacción sólo puede rescindirse por mutuo consentimiento ó por declaración judicial, previa audiencia de las partes.—VIII, 287, Sér. 1°.

Los convenios presentados por las partes ante los jueces, son válidos y deben cumplirse por los firmantes. La falta de personería sólo puede ser alegada por parte interesada que no hubiese intervenido en ellas.—I, 71, Sér. 1°.

Las transacciones judicialmente aprobadas, no pueden ser desistidas, sólo puede pedirse su cumplimiento.—VIII, 335, Sér. 6°.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 840.—Aunque la transacción sea más bien, como se ha establecido, un reconocimiento que una traslación de la propiedad, en cuanto ella tiene principalmente por objeto reconocer un derecho preexistente, más bien que crear un derecho que no existe: sin embargo, como por ella se hace el abandono de una pretensión ó de un derecho que se creía tener, importa por esto una disposición ó una enajenación de este derecho. En este sentido únicamente es que se dice que el que transige, enajena, y que transigir es enajenar.—Véase ZICHARSKI, § 767, nota 2.—Aubry y Rau, § 420.—Troplong, n° 7 y sigs.

de tener el goce del derecho y no estar facultado para transmitirlo.

La transacción es un acto jurídico á título oneroso, desde que una y otra parte se hacen abandono de sus derechos.

La transacción, que importa un abandono de derechos, no puede entrar entre los actos que se comprenden en un poder general para administrar; así es que *no se puede transigir á nombre de otra persona sino con su poder especial, con indicación de los derechos ú obligaciones sobre que debe versar la transacción, ó cuando el poder facultare expresamente para todos los actos que el poderdante pudiera celebrar, incluso el de transar (art. 839)*; así es que no se necesita de un acto separado, ni de que el pleito se haya producido para que el poder sea válido.

La incapacidad para hacer transacciones puede provenir de la falta de poder, cuando son **agentes con facultades generales**,

(**Art. 839.**) Este artículo fué corregido agregándole la última frase; incluso «el de transar» para hacer desaparecer la incongruencia entre los arts. 1880 y 1881, n° 3, pero así mismo ha quedado defectuoso en su redacción, y debe corregirse. En efecto, la primera parte exige poder especial con indicación de los derechos y obligaciones sobre que transan, y en la segunda basta el poder general incluso el de transar. Esta falta de armonía se puede explicar así: cuando una persona da poder para transar, es porque ha tenido en vista un asunto determinado: ya se haya promovido ó se tenga presente al hacerlo, entonces lo natural es determinar el asunto que se debe concluir. El segundo caso tiene lugar, cuando se hubiere dado poder general autorizándolo para transar, y como no hay posibilidad de expresar los asuntos, bastará que contenga la facultad sin necesidad de indicarlo, ni promoverlo. Cuando el poder especial expresara las cláusulas de la transacción, no obligará al poderdante si se excediese ó separase de ellas, á menos de aprobación posterior. Un poder especial para transar todos los asuntos pendientes es válido, pues no debe limitarse sin objeto la voluntad de los particulares, sujetándolos á fórmulas sin importancia en nuestra legislación. De cualquier manera que se hubiere dado las facultades generales para transar, deben aceptarse como expresión formal de la voluntad; pero cuando fuere sobre un asunto promovido será necesario determinarlo expresamente. Freitas, art. 1198, n° 10, no trae sino la



ó de la falta de capacidad de la persona que abandona parte de sus derechos.

En principio general, *no pueden hacer transacciones:*

1° *Los agentes del Ministerio Público, tanto nacionales como provinciales, ni los procuradores de las municipalidades* (art. 841, n° 1), los primeros sobre los delitos que están encargados de per-

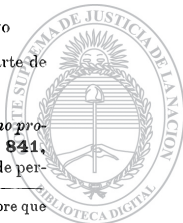
forma especial con indicación de los derechos y obligaciones sobre que debe versar la transacción.

Cuando el mandato es general y comprende la facultad de transar, «no es necesario que indique de una manera particular y determinada el asunto ó asuntos que deberán ser el objeto de la transacción. Así el mandato de vender los inmuebles del mandante, de constituir hipotecas sobre ellos ó de contraer préstamos, basta para autorizar al mandatario á realizar actos de esa naturaleza, bien que no indique nominativamente los inmuebles á vender ó á dar en hipoteca ó que no fije la suma que debe tomar prestada.» Aubry y Rau, § 412, texto y nota 2.

El Cód. de Chile, art. 2448, y el Proyecto de Goyena, art. 1714, sólo se refieren al mandato especial para transar, en que se deben especificar los derechos y acciones sobre que se transige.

(Art. 841, n° 1.) Los agentes del Ministerio Público se dividen: en unos que son encargados de la parte civil y representan al Estado general ó particular en los asuntos relativos á los bienes; éstos pueden transigir cuando el Poder Ejecutivo los autorizare expresamente respecto de los bienes en litigio; los otros encargados de la parte criminal, que representan la vindicta pública, no pueden absolutamente transigir sobre los delitos que persiguen, aunque debidamente fueran autorizados. El Poder Ejecutivo Nacional ó Provincial, puede ordenarles el desistimiento de la acción en los delitos políticos que persiguieran por su mandato; pero en los demás no tienen intervención alguna. Con relación á los procuradores municipales, sólo podrán transigir cuando el Concejo Deliberante autorizara al Intendente para hacerlo en el asunto especial de que se trate. Todos estos mandatarios no pueden ser autorizados de una manera general. Como la transacción importa una especie de abandono de derechos y el Poder Ejecutivo Nacional ó Provincial no pueden enajenar, ni abandonar bienes de la Nación ó Provincia en su caso, necesitan de autorización del Congreso ó de la Legislatura;

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 839.—L. 19, tít. 5, Part. 3°, y véase Cód. Francés, art. 1988.—Sardo, 2021.—Holandés, 1833.





seguir, ni sobre las acciones civiles que cuestionan á nombre de los gobiernos.

2º *Los colectores ó empleados fiscales de cualquier denominación en todo lo que respecta á las rentas públicas (art. 841, n.º 2)*, ni aun con poder especial de las oficinas superiores, porque los gobiernos necesitan de leyes especiales para enajenar ó abandonar lo que corresponde á la nación.

3º *Los representantes ó agentes de personas jurídicas, en cuanto á los derechos y obligaciones de esas personas, si para la transacción no fuesen legalmente autorizados (art. 841, n.º 3)* en la forma y modo que los estatutos lo determinan.

4º *Los albaceas, en cuanto á los derechos y obligaciones de la*

pero como la Nación no puede ser demandada sin su consentimiento, la transacción celebrada por el Ministerio Público con la autorización del Ejecutivo quedaría subsistente mientras el Congreso no autorizara á demandar su nulidad ante los tribunales. Freitas, art. 1198, n.º 1, agrega: que esos funcionarios no pueden transar ejerciendo sus funciones ordinarias, para dar á entender que pueden hacerlo cuando fueren autorizados.

(**Art. 841, n.º 2.**) La incapacidad de los recaudadores de la renta pública, como la de los fiscales, no proviene de que el Estado sea incapaz como persona jurídica, sino de la falta de facultades especiales en estos agentes. La Nación, las Provincias, las Municipalidades no son incapaces, ni están en la categoría de los menores de edad; es cierto que no pueden proceder por sí, sino por sus representantes legales; pero cuando los poderes públicos dan la autorización especial con arreglo á la Constitución y facultades que ellas les confieren, la transacción puede realizarse. La prohibición abraza á cualquier empleado que administre ó recaude la renta pública.—Véase FREITAS, art. 1198, n.º 2.

(**Art. 841, n.º 3.**) Las personas jurídicas no pueden obrar sino por medio de sus representantes, y las transacciones que ellos celebren sólo pueden hacerse con autorización expresa de la corporación, si ésta estuviere facultada por sus estatutos. La persona jurídica no puede ser obligada por sus agentes sino dentro de los límites del mandato conferido, art. 37. La fuente de facultades de donde nacen las que pueden ejercer los mandatarios de las personas jurídicas, son los estatutos, si en ellos no se encontraren autorizados los actos ejecutados, solo obligarán á los ejecutores.—FREITAS, art. 1198, n.º 3, y nuestro art. 37.

testamentaria, sin autorización del juez competente, con previa audiencia de los interesados (art. 841, n° 4) en conformidad á las leyes de procedimiento de cada provincia.

5° Los tutores con los pupilos que se emanciparen, en cuanto á las cuentas de la tutela, aunque fuesen autorizados por el juez (art. 841, n° 5), hasta pasado un mes de la rendición de cuentas: después de ese tiempo la transacción sería válida.

6° Los tutores y curadores en cuanto á los derechos de los menores é incapaces, si no fuesen autorizados por el juez, con audiencia del Ministerio de Menores (art. 841, n° 6).

7° Los menores emancipados (art. 841, n° 7), que á pesar

(**Art. 841, n° 4.**) Los albaceas ejercen funciones limitadas, como ejecutores de la voluntad del difunto, y necesitan la autorización expresa del juez y consentimiento de los herederos. aunque el testador lo hubiere autorizado expresamente para hacer transacciones en cuanto á los derechos y obligaciones de la testamentaria. Los albaceas solo intervienen en las contestaciones sobre validez ó nulidad del testamento, ó sobre la ejecución de las disposiciones que contenga; pero no tienen parte en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión ó los terceros.— Véase FREITAS, art. 1198, n° 4, y nuestros arts. 3383 y 3862.

(**Art. 841, n° 5 y 7.**) Los menores emancipados pueden transigir en los asuntos donde intervienen sin autorización judicial. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes y de los de su mujer, y puede transar ó arreglar extrajudicialmente lo que se refiera á esa administración: pero una vez presentado en juicio y nombrádosele curador especial, la transacción no podrá hacerse sin autorización del juez. La ley ha impedido á los mayores que puedan hacer contrato alguno con su ex-tutor sobre las cuentas de la tutela, hasta pasados treinta días de la presentación de estas, llevando su previsión hasta coartar la libertad del mayor, persiguiéndolo con una protección que no necesita, y aquí se repite esa prohibición impidiéndole que transe aun con autorización judicial. Es un exceso de celo. En cuanto á los emancipados que ejercen el comercio, no necesitan de autorización judicial para transar en los actos relativos á su comercio.—FREITAS, art. 1198, nos 6 y 7.

(**Art. 841, n° 6.**) Aquí se repite la disposición del art. 443, n° 5, nos referimos á lo dicho en la nota de ese artículo, y la prohibición se extiende á los curadores.—FREITAS, art. 1198, n° 5.





de tener la libre administración de sus bienes no pueden enajenar ciertas cosas sin autorización judicial. Pero la prohibición no es absoluta, porque pueden transar si tuvieren las mismas autorizaciones que necesitan para enajenar.

De lo expuesto resulta que la incapacidad de transar para unas personas es la regla, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa ó derecho sobre que versare la transacción; mientras para otros la incapacidad se considera como una excepción, porque no existe sino con relación á ciertas personas ó á determinados derechos. Así, son incapaces de la primera clase los menores, dementes, las mujeres casadas y las personas jurídicas que no pueden obrar por sí; lo son de la segunda, los que se acaban de indicar en los seis números precedentes.

Algunos códigos, como el Francés y el Alemán, exigen para transar, la autorización del consejo de familia, que no existe en nuestra legislación; la opinión de tres jurisconsultos y la autorización judicial con audiencia del Ministerio de Menores.

El Código Civil Argentino guarda silencio sobre estas condiciones; pero sería prudente seguirla en transacciones de importancia.

CAPITULO II

DEL OBJETO DE LAS TRANSACCIONES

§ 258.—DE LAS COSAS Ó DERECHOS SOBRE QUE SE PUEDE TRANSAR

La libertad del hombre no debe restringirse sino en la medida necesaria para que no dañe á la sociedad; así por regla general *se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estudiesen subordinados*

No puede transar la mujer casada sin expresa autorización del marido (art. 55, ley de Matr. Civ.), ni el marido sobre los bienes de su mujer menor de edad, sin expresa autorización judicial, art. 1249. El que obtuvo la posesión provisoria de los bienes del ausente, sólo tiene las facultades del curador del incapaz, y por consiguiente, no puede transar. El mandatario con poder general, hemos dicho que no podía transar si no tenía esa facultad: en este caso se encuentra el socio administrador y el curador de la herencia vacante, arts. 1695 y 3541.



de una condición (art. 849); porque la transacción como acto ju-

(Art. 849.) En general, la transacción puede versar sobre toda clase de obligaciones ó derechos, exceptuándose los que interesan al orden público, en que la voluntad de los particulares no puede prevalecer. El Dr. Velez Sarsfield, reaccionando contra el principio enseñado por él mismo en el art. 374, de que los alimentos no podían ser objeto de transacción, lo desconoce en la nota á este artículo, abogando en favor de la libertad, creyendo que se trata del buen ó mal empleo de los bienes que á cada uno le pertenecen, cuando los alimentos comprenden cuestiones de un orden superior y abrazan, no sólo la vida material, sino la intelectual y moral. El objeto de los alimentos es asegurar la existencia material, sin tener atingencia con la prodigalidad; porque bien puede recibir adelantadas las anualidades: lo que no se permite es que renuncie á ese derecho establecido para asegurar su existencia; sin embargo, si los alimentos fueren el resultado de un contrato oneroso, pueden ser objeto de una transacción, como en el caso de ser la consecuencia de una liberalidad; lo que se prohíbe es la transacción sobre los alimentos acordados por el juez en virtud de la ley. En cuanto á los demás derechos, cualquiera que sea su origen y naturaleza, pueden ser objeto de una transacción. Se puede convertir una obligación condicional en pura y simple por transacción, ó vice-versa, debiendo notar que en estos casos se cambia por la transacción en una novación, con la diferencia de que en ésta el derecho ó la obligación no es litigiosa ó dudosa, circunstancia esencial para una transacción. —Com. AUBRY y RAU, § 420, texto n° 4. ACCARIAS, *Transacciones*, n° 99.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 849.—Aubry y Rau, § 420.

Por no separarnos de todos los Códigos publicados, y de la doctrina de todos los escritores de derecho, quedó establecido en el art. 374 que no se podía transigir sobre la obligación de alimentos, aunque verdaderamente nuestra opinión es guardar en este punto el silencio que guardan las Leyes de Partida: es decir, que se pudiesen transar las cuestiones sobre alimentos. Los menores de edad estaban salvados con el art. 841, n° 6; á los mayores con capacidad de derecho, debía dejárseles la libertad de disponer de los suyos, porque, como antes lo hemos dicho, las leyes no pueden ni deben procurar contener la prodigalidad de los mayores de edad. Este objeto es el que han tenido las leyes y los autores para prohibir las transacciones sobre alimentos. La Ley Romana expresa esa razón cuando dice: *cum his quibus alimenta relictæ erant facile transigerent contenti modico presenti*.

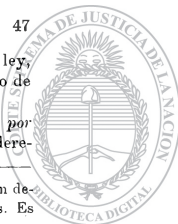
Si no se pone interdicción para disponer de sus bienes ó de sus derechos á los que se llaman pródigos, cesa la razón de las leyes para prohibir las transacciones entre mayores de edad, sobre las cuestiones de alimentos.

rídico, no debe tener más límite que la prohibición de la ley, fundada en las necesidades sociales, y así pueden ser objeto de transacción:

a) *La acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito* (art. 842, 1ª parte), porque son obligaciones y dere-

(Art. 842.) La transacción sobre la acción para perseguir un delito, es de ningún valor, porque no se puede transar sobre delitos. Es inmoral autorizar á las partes á celebrar tales transacciones; así una transacción dando tal cantidad por no acusar el delito de adulterio, sería nula y de ningún valor. Es necesario no confundir el delito mismo que no puede ser objeto de transacción, con los daños y perjuicios que son la consecuencia, y sobre los que es permitido transar. Es cierto que transando sobre los daños y perjuicios provenientes de un delito se tiene por renunciada la acción criminal, art. 1097; pero la renuncia es la consecuencia, no el objeto de la transacción, y hemos dicho que la transacción no es una renuncia, nota al art. 832.

De todo delito nacen dos acciones: la civil por la reclamación del daño causado, y la criminal para el castigo del hecho; esta última cuando es pública es ejercida por el que ha sido objeto del delito, sus representantes ó sus herederos y el Ministerio Público. Cuando el particular renuncia su acción, la sigue el representante de la vindicta pública; así, los delitos jamás quedan impunes. Si la transacción fué sobre la acción civil, la sociedad no tiene interés, y no puede llevar consigo, ni encadenar la acción pública. Si la acción civil proveniente de un delito puede ser objeto de una transacción, con más razón puede serlo la que viene del dolo cometido por una de las partes; pero la acción del dolo futuro no podría ser objeto de una transacción, porque habría inmoralidad en semejantes pactos, autorizando la mala fe. La transacción sobre los daños y perjuicios provenientes del delito no importa una confesión del delito mismo, porque como lo decía Bigot-Preameneu en su exposición de motivos (Locré XV, 419): «se debe considerar que aun el inocente puede hacer un sacrificio pecuniario para evitar la humillación de un procedimiento en el cual estaría obligado á justificarse, y se ha debido concluir que no habiéndose hecho la transacción sobre el delito mismo con aquel que estaba encargado de perseguirlo, no debía tomarse como una confesión.» La acción pública no depende de la transacción, y si pendiente esta acción, se hubiera transado sobre los daños y perjuicios, la causa seguiría su curso. La acción pública no puede ser jamás objeto de transacción: sin em-





chos sobre que el individuo tiene completo dominio, y que no hieren á la comunidad su abandono.

b) *La transacción es permitida sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque este sea contestado, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse ella (art. 846);* porque el estado de las personas está regido por las leyes de orden público que los particulares no pueden alterar en sus convenciones.

bargo, cuando se trata de los delitos especiales, como los de contrabando ú otros semejantes, puede desistirse de ellos con órdenes expresas del poder administrador, sin que por eso se entienda que se transa sobre el delito.

En el derecho romano se podía transar libremente sobre el robo y la injuria, y lo que es más curioso, sobre delitos que merecieran pena capital, fundándose esta facultad en que no debía prohibirse á un hombre que buscara los medios de salvar su vida; mientras era prohibido en otros delitos. — Comp. Cód. FRANCÉS, art. 2046. TROPLONG, l. c. PAUL PONT, *Contratos*, II, n° 583 y sigs. FREITAS, art. 1199, n° 1, y nuestros arts. 19 y 1097.

(Art. 846.) Si no es permitido transar sobre el estado de una persona porque no está en la mano de los particulares el renunciarlo, otra cosa sucede con los derechos pecuniarios que son la consecuencia y fundamento de ese estado. La ley no puede limitar la voluntad de los particulares en lo que se refiere á sus bienes propios, siempre que no perjudiquen á terceros. El que se pretende hijo legítimo ó natural, cuyo estado es negado por los herederos del presunto padre, puede transar recibiendo tales ó cuales bienes de la sucesión, y ese contrato será válido, si al renunciar á sus demás derechos pecuniarios, no renunciara á su estado. Los herederos legítimos que están en posesión

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 842.—Cód. Francés, art. 2046.—Sardo, 2085.—Holandés, 1890.—Véase L. 22, Tít. 1, Part. 7ª.—L. 18, tít. 4, lib. 2, Código Rom.—La ley citada de Partida y también las Leyes Romanas, no permiten la transacción sobre el delito de adulterio, aunque sólo el marido y la mujer pueden acusar ese delito. Es decir, el marido y la mujer pueden perdonar el delito y la pena; pero si se presentase una acción en juicio sobre la ejecución de una transacción hecha por el marido ó la mujer, el juez no podría admitirla. Creemos no ser necesario poner una disposición expresa sobre la materia, porque tal transacción sería ella misma un delito, un acto contra la moral y buenas costumbres.

La transacción sobre el daño causado por un delito, no paraliza la acción pública que continuará hasta obtener el castigo correspondiente; del mismo modo, el que reclama un estado de familia y ha transado sobre los intereses pecuniarios sujetos á ese estado, puede continuar la reclamación entablada.

§ 259.—DE LAS COSAS Ó DERECHOS SOBRE LOS QUE NO SE PUEDE TRANSAR

Hay acciones y derechos que interesan á la sociedad el salvaguardar, porque son las bases sobre que descansa ese conjun-

de la herencia pueden desinteresar al pretendido heredero respecto de los bienes de la sucesión, dándose por recibido de lo que pudiera corresponderle sin tratar sobre su estado de hijo legítimo ó natural; pero la transacción en que el presunto hijo se diera por recibido de su haber, con tal que los herederos lo reconocieran por hijo del causante, sería válida respecto á la renuncia de los bienes; pero con relación al reconocimiento, no se opondría la transacción, sino el reconocimiento mismo, que lo confirma en el estado que pretende. Otra cosa sucedería, si recibiendo la parte que le correspondiese, él renunciare á su estado; la transacción sería nula, porque no puede renunciar á un derecho concedido por la ley perpetuamente. En ambas hipótesis parece que se ha renunciado á un derecho que es imprescriptible, pero no es exacto; en la primera no hay renuncia, sino reconocimiento de un estado de familia, reconocimiento que impide negarlo en adelante; mientras en la segunda hay verdadera renuncia de ese estado. Si en la primera transacción, en vez de reconocer el estado, se hubieran obligado á no negarlo, sería nula, porque nadie puede renunciar á ejercer un derecho de que está investido permanentemente, hasta que lo haya reconocido. La condición de validez de la transacción sobre los bienes sujetos á un estado de familia, es que no comprendan al mismo tiempo ese estado; porque como las cláusulas de una transacción son indivisibles, art. 834, cualquiera de ellas que fuera nula ó se anulare, la dejarían sin efecto.—Comp. TROPLONG, *Transacción*, n.ºs 64 y 68. DALLOZ, Vº, *Transacción*, n.ºs 73 y 76 con un caso especial. DEMOLOBE, V, n.ºs 333 y 334. AUBRY y RAU, § 420, texto n.º 4.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 846.—Aubry y Rau, § 420.—Merlin, *Repert. verb. trans.* § 2, n.º 5.—Troplong, *Trans.*, n.º 64.





to, que á semejanza del ser individual, forma un todo orgánico articulado, con necesidades propias, y que llamamos nación ó pueblo; esos derechos los defiende con la prohibición, que se levanta como una barrera contra la voluntad individual.

Por eso la ley ha prohibido transar sobre los asuntos siguientes:

a) Así, no se puede transar sobre *la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el Ministerio Público (art. 842, 2ª parte)*; porque la persecución y castigo de los delitos es un derecho de la sociedad ofendida, y sólo por excepción, se deja á los particulares que puedan perdonar la injuria, calumnia, adulterio, etc.

b) *No se puede transigir sobre las cuestiones de validez ó nulidad de matrimonio, á no ser que la transacción sea á favor del matrimonio (art. 843)*; pero sólo cuando no fuera absoluta-

(**Art. 843.**) Las leyes que se refieren al matrimonio organizando la familia, interesan al orden público, y la nulidad ó validez del matrimonio no puede ser objeto de transacción.

Como no se puede transar sobre los delitos, no se debe permitir arreglo alguno sobre el matrimonio. Ninguna transacción puede hacer que un matrimonio válido deje de serlo, ni es permitido el divorcio por mutuo consentimiento; ni tampoco se puede dar validez á uno nulo. En esta parte el Código Argentino se ha separado de los verdaderos principios al decir: la transacción es válida «cuando sea en favor del matrimonio» agregación que no debe tomarse en cuenta, sino en los casos que mencionaremos más adelante. La mayor parte de los Códigos guardan silencio sobre este punto, habiendo dejado á la doctrina la determinación de los casos en que no es permitido transar. Goyena, art. 1720, y Freitas, art. 1799, n° 2, que han inspirado la disposición de nuestro Código no contienen la última parte, agregada, sin duda, siguiendo la distinción hecha por la jurisprudencia francesa en repetidas y uniformes decisiones, de que la transacción conteniendo el reconocimiento del estado de una persona se considera válida, mientras es nula, si contiene la renuncia de este estado. Dalloz (20, 1, 460) (22, 1, 142) (32, 1, 9) (36, 1, 10) (33, 2, 50.)

Sobre una cuestión de tanta importancia, y tratando de corregir un

(**Art. 842.**) Véase pág. 612.

mente nulo; porque la voluntad de las partes no podrá hacer válido lo prohibido por la ley.

error de doctrina, voy á citar las notables palabras del abogado General Daniels ante la corte de casación francesa: «¿Es permitido ó prohibido transigir en el matrimonio? Un primer punto es cierto; cuando el matrimonio existe, ninguna transacción puede anularlo. La voluntad de las partes no podría disolver lo que es indisoluble. ¿Pero sucede lo mismo cuando la transacción, en lugar de destruir el matrimonio, tiende á hacerlo válido? Si el matrimonio no existe, si ningún acto de celebración ha tenido lugar, decimos que la transacción por la cual un hombre y una mujer consienten en considerarse como esposos, no tiene valor alguno. El matrimonio requiere esencialmente el concurso de la autoridad pública; sin este concurso, hay concubinato. Si el matrimonio existe, si el acto de celebración ha tenido lugar, debemos hacer una distinción, ó el acto del matrimonio demuestra uno de esos vicios que avergüenzan ó que son reprobados por la moral, ó sólo tiene vicios que no hieren la moral; en el primer caso, la transacción será nula, en el segundo, válida.»—DALLOZ, *Rep.* 1.^o, *Aquiescement*, Sec. 3. Así, el matrimonio contraído (sin saberlo) entre hermanos, y cuya nulidad se ha demandado, no puede validarse por la transacción; y la que se hiciere en este sentido, lleva el germen de una nulidad insanable.

Tomemos nuestra ley de matrimonio civil, y apliquemos los principios del Código para convencernos de su falsedad. El art. 9 declara nulo el matrimonio entre ascendientes y descendientes, entre hermanos, entre los de afinidad en la línea recta y entre los que ya estuvieren ligados por un matrimonio anterior; cualquier transacción que se hiciere con el objeto de declarar válidos y subsistentes semejantes matrimonios, no tendría valor. Lo mismo sucedería si una de las partes hubiera sido víctima de un engaño, y el matrimonio se hubiera celebrado ante una persona que no fuere el oficial público, y el acta no se encontrare, en los libros del registro, la transacción no podría hacer que semejante acto fuera considerado como matrimonio. Lo más propio y conforme á los principios, habría sido prohibir toda transacción, porque fundándose ésta en sacrificios recíprocos, en estos casos no pueden existir. ¿Sería moral que una mujer ó un marido pagasen una suma de dinero á otro para que aceptara la validez de un matrimonio nulo? Así como no se puede transar sobre el estado de familia, habría sido lógico prohibir la transacción sobre el matrimonio. Pero la ley es ley y debemos obedecerla: entonces aplicamos su mandato á los





c) *Las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, no pueden ser objeto de las transacciones (art. 844).*

casos en que la nulidad puede ser renunciada por uno de los cónyuges; así, cuando la mujer menor de 12 años y el hombre de 14 han pedido la nulidad; ó si uno de los cónyuges estuviera loco al contraer el matrimonio, y después recobrara la razón; ó cuando el matrimonio se contrajo por medio de la violencia; ó si hubo error sobre la identidad del individuo físico ó de la persona civil, en todos estos casos, que tienen por objeto hacer desaparecer el vicio que anulaba el matrimonio la transacción sería válida. ¿Y en el caso de impotencia absoluta y manifiesta? La transacción no podría ligar al cónyuge capaz para no pedir la nulidad del matrimonio: son derechos que no se pueden renunciar, porque no miran sólo al interés de la persona, sino de la sociedad. La redacción debe cambiarse, buscando expresar la idea de que será válida la transacción, cuando se refiera á nulidades susceptibles de confirmación. Pero una vez disuelto el matrimonio, no hay inconveniente en reconocer que se puede transigir respecto á los derechos pecuniarios. Así, cuando uno de los cónyuges ha fallecido, nada impide que los herederos transijan con el sobreviviente ó sus herederos, no solamente sobre la extensión de los efectos civiles que haya producido el matrimonio, sino sobre la cuestión de si ha producido realmente efecto, y con mayor razón se tendrá por válida la transacción en la cual se reconozca que no ha existido matrimonio entre el esposo sobreviviente y el fallecido.—Comp. MERLIN, Vº, *Transacción* § 2, nº 5.—PAUL PONT, *Contratos*, II, nº 598 y sigs. DEMOLOMBE, V, nº 333. TROPLONG, *Transacción*, nº 80 y sigs., y nuestros arts. 19 y 21. *

(**Art. 844.**) Las cosas que están fuera del comercio son aquellas cuya enajenación es prohibida, como las cosas públicas, los ríos, lagos navegables, etc., ó las que no son susceptibles de apropiación privada, así como las que constituyen al hombre en un ser libre y con un destino que cumplir en el mundo. La libertad, el derecho de emitir libre-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 843.—La L. 24, Tít. 4, Part. 3ª, no permite poner en árbitros tales cuestiones. Los Códigos extranjeros guardan silencio sobre la materia. Sólo el de Austria dice: «hay casos dudosos que la ley prohíbe regular por transacción, tales son las contestaciones que nacen entre los esposos sobre la validez de su matrimonio.» Creemos que el silencio de los otros Códigos es porque el caso se halla comprendido en las disposiciones expresas en ellos, prohibiendo las transacciones sobre el estado de las personas.

d) *No se puede transigir sobre contestaciones relativas á la patria potestad, ó á la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho á reclamar el estado que corresponda á las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima (art. 845);* porque son facultades conferidas por la ley, teniendo en vista un interés superior.

mente sus ideas, etc., no pueden ser materia de una transacción. Los autores antiguos como Vöet y otros distinguían, aceptando como válida la transacción favorable á la libertad y rechazaban que un hombre libre viniera á ser esclavo por transacción: pero aceptaban la validez de ésta cuando de esclavo fuera libre. Por nuestra constitución, todo el que pisa el territorio argentino es libre: como es libre para transitar y ejercer su profesión con arreglo á las leyes que reglamenten su ejercicio. Lo que se refiere á la personalidad humana, como una condición necesaria de su existencia, no puede ser materia de transacción. De la misma manera, será nula la transacción, por la cual se abandonara la nacionalidad, porque ella sólo se puede perder con arreglo á las leyes de cada nación. Los hechos ilícitos, imposibles, contrarios á las buenas costumbres ó prohibidos por las leyes, no pueden ser objeto de transacción. Los derechos que están fuera del comercio, son los que se refieren á la libertad, filiación, legitimidad, matrimonio, autoridad marital, patria potestad, tutela, divorcio, etc., que la voluntad de las partes no puede alterar, ni hacer objeto de transacción.—Comp. PONT, *Contratos*, n° 597. TROPLONG, *Transacción*, n° 63. DURANTON, XVIII, n° 399. TOULIER, X, n° 377, y nuestros arts. 848, 1167, 2261 y 2336.

(Art. 845.) Este artículo restablece la verdadera doctrina declarando nulas las transacciones sobre el estado de la persona, las relativas á las facultades conferidas por la ley y que forman la base de la organización social. No hay que distinguir, si la transacción es favorable ó contraria al acto; eso se hacía en el derecho romano, que permitía transar para asegurar la libertad, declarando nula esa misma transacción, cuando daba por resultado la esclavitud.

La transacción se funda en sacrificios recíprocos que las partes hacen de sus derechos ó pretensiones, y cuando se trata de la familia no puede haber renuncia válida. Sobre todo, hay cierta inmoralidad en admitir que una persona pueda renunciar á su calidad de hijo, de padre ó de ciudadano en virtud de una suma de dinero, y que esa renuncia sea irrevocable; lo que vendría á contradecir el principio de la imprescriptibilidad de esos derechos. Sobre la *patria potestad* no se





e) *No puede haber transacción sobre los derechos eventuales á una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva (art. 848),*

puede transigir; p. e., si el menor casado sostiene que su padre no tiene patria potestad y transa reconociéndola, puede volver á negarla, sin que se le oponga la transacción, por más que haya sido favorable al poder paterno. Cuando el marido negase á la mujer las facultades de hacer testamento ó de revocar el hecho, y reconociera por transacción el derecho para prohibírselo, el acto sería de ningún valor. Sobre el propio estado de familia; como si el hijo natural reconociera por transacción que no es su padre ó renunciara á demandar su filiación por una suma de dinero; es cierto que si el padre lo ha reconocido por transacción, como á su hijo natural, recibiendo dinero no podrá negarle dicha calidad; pero no es porque la transacción sea válida, sino porque se considera el reconocimiento en un acto público como irrevocable, así tendrá que devolver lo recibido, art. 332; pero la transacción por la cual el padre se obligase á no reclamar el estado de que está en posesión su hijo no sería válida, porque no contiene reconocimiento alguno y priva al padre de un derecho conferido por la ley, que no puede renunciar. La transacción sobre materias que se refieren al orden público, son de ningún valor.—Comp. PONT, *Contratos*, II, n° 597 y siguientes. TROPLONG, *Transacción*, n° 63. AUBRY y RAU, § 420, texto n° 4º y § 504, texto n° 1º. ACCARIAS, *Transacción*, n° 94 y nuestros arts. 19, 21, 262 y 1218.

(Art. 848) La transacción supone un derecho litigioso, ó dudoso por lo menos, pero del que se está en posesión y sobre el cual uno de los contratantes ó ambos pueden ejercer acción actualmente. Así, los derechos eventuales á una sucesión no están sujetos á transacción, porque no existen en realidad, hasta que no ocurra la muerte del causante, no habrá lugar á contestación. No hay posibilidad de objeto, y por consiguiente, la transacción no puede tener lugar, ni como un acto aleatorio sobre derechos eventuales: en el mismo caso se encuentran los derechos de sucesión á una persona viva, pues, además de las razones apuntadas, tiene el gran peligro de que pudiera atacarse á su existencia por el interés de la sucesión que ha pasado á personas extrañas. La antigua legislación las permitía. Estas disposiciones se encuentran repetidas en los artículos 1175,

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 845.—Zachariae, § 767, nota 3 en el párrafo 377.—Aubry y Rau, § 420.



aunque ésta consintiera expresamente, ni aun en el caso en que se le diera una forma aleatoria.

f) No se puede transar sobre el derecho de alimentos concedidos por la ley; però será válida la transacción sobre el *quantum*, sin perjuicio de que podrá aumentarse ó disminuirse según las necesidades del alimentado.

g) *Si la transacción fuese simultánea sobre intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un sólo precio, ó una sola cosa, ó bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, ó por el abandono de los derechos pecuniarios (art. 847);* aunque habría convenido mante-

1449 y 3599, por la naturaleza especial de la prohibición; habría bastado establecerla como principio general en los actos jurídicos. La prohibición comprende también la transacción sobre alimentos futuros, art. 374, que no pueden ser objeto de cesión, pero no los que estuvieren vencidos. Las disposiciones sobre alimentos son de orden público, y cualquiera transacción renunciándolos no tendría valor; però sería válida si se refiriese al *quantum* de los alimentos, si bastaran para la satisfacción de las necesidades del alimentado.—Comp. TROPLONG, *Transacciones*, n° 93 y sig. La nota del DR. VELEZ SANSFIELD al art. 849, es contraria á la disposición de los artículos citados, y no debe tener valor ni como doctrina.

(Art. 847.) El artículo resuelve una de las cuestiones más interesantes, sobre la cual se han dividido los jurisconsultos, declarando nula la transacción simultánea sobre derechos pecuniarios y sobre el estado de familia de una persona. Para que tenga valor la que se refiere á los derechos pecuniarios, es necesario que sea separada. El principio nos parece demasiado absoluto, y sería dar un gran valor á la forma, cuando nuestro derecho no es formulista. Un mismo acto puede contener varias transacciones separadas unas de otras, según la voluntad de las partes, sin que la nulidad de la una lleve consigo la de las otras. Cuando se ha convenido en el mismo acto, p. e., un precio por los derechos pecuniarios, declarando que ese acto debe conside-

Nota del Dr. Velez Sansfield al art. 848.—Sobre ambas causas no podría haber derechos contestados, á menos de tratarse de derechos de familia como antecedente para el derecho de heredar. Las convenciones que á ese respecto se hicieran, serían sólo actos aleatorios.—Véase Zacharie, § 767, y Aubrey y Rau, § 420.

nerla respecto á los derechos pecuniarios, armonizando esta disposición con el art. 1176.

h) La transacción por la que se reconozca el estado de familia de una persona mediante un precio cualquiera, será nula con relación al precio recibido, que no se podrá retener; pero valdrá como reconocimiento del estado de familia.

CAPÍTULO III

§ 260.—DEL EFECTO DE LAS TRANSACCIONES

La transacción como contrato no sólo está destinada á extin-

rarse separado, ó que la nulidad de los demás estipulados en nada tocará á su respecto, no vemos por qué ese acto válido en sí, se anularía por agregarle una nueva transacción, sobre el estado de familia de la persona, ó sobre alguna otra cosa que fuera prohibida. La regla del artículo no se aplicará, cuando las partes hubieran manifestado su voluntad expresa de considerar las cláusulas completamente separadas unas de otras, como formando actos distintos. Es cierto que el artículo declara nula la transacción simultánea, cuando se ha dado un precio por la renuncia del estado de familia, y una cosa distinta por el abandono de los derechos pecuniarios; pero es en el supuesto de que los interesados han querido celebrar un solo acto; mas si hubieren manifestado claramente la intención contraria en el mismo documento, la transacción sobre los derechos pecuniarios será válida y nula la otra. Sostener lo contrario, sería reducir á una fórmula estrecha la validez de un acto para el que no se ha determinado forma alguna; sería exigir documentos separados en el mismo acto. Llevaríamos la inflexibilidad de la forma á los tiempos del derecho romano. Aubry y Rau, § 420, texto n° 4, dicen: «Parece que en virtud de la indivisibilidad de las diferentes cláusulas de una transacción, debe ser anulada en todas sus partes, aunque se hayan estipulado precios distintos por la renuncia del estado de familia y por el abandono de los intereses pecuniarios», dando á entender de esta manera que las cláusulas no han sido estipuladas separadamente, como lo suponemos, sino formando un solo y mismo acto. El art. 1176 apoya mi tesis.—DEMOLOMBE, V, n° 517, cita varias sentencias de la Corte de Casación en apoyo del principio. TROPLONG, *Transacción*, n° 68. DALLOZ, (n° 39, l. 200).

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 847.—Porque las cláusulas de una transacción son indivisibles.—Véase á Troplong, n° 68.



tinguir obligaciones, sino que es la fuente de muchas otras que hace nacer, y su objeto principal es concluir los procesos pendientes, é impedir que vuelvan á renovarse, sustituyendo las pretensiones dudosas de las partes por derechos ciertos que se reconocen. El Código Civil ha considerado las transacciones bajo uno solo de sus aspectos, y por eso dice el (art. 850): *la trans-*

(Art. 850.) La transacción tiene para las partes la fuerza de la cosa juzgada, indicándose así que se tiene por verdad, aunque la comparación no es exacta. La transacción es una especie de juicio en que las partes deciden la controversia; pero esta decisión no es el fruto de una convicción, como sucede con la sentencia: es más bien una concesión mutua de sus derechos. No es exacto que tenga la fuerza de la cosa juzgada que permanece inalterable, mientras la transacción puede ser atacada y anulada. La cosa juzgada es inatacable, y se considera como la verdad.—Comp. *ATBURY Y RAU*, § 421, texto n° 1 al fin.

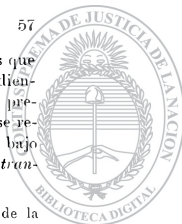
La transacción extingue la obligación principal y todas las accesorias, como la fianza, prenda, etc.

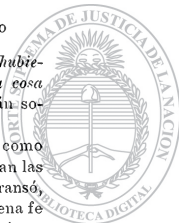
Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 850.—L. 34, Tit. 14, Part. 5ª.—L. 20, Tit. 4, Lib. 2, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 2052.—Sardo, 2091.—Holandés, 1895.—De Luisiana, 3045.

El principio que se halla en todos los Códigos, de que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, es por la razón de que el objeto de la transacción es establecer derechos que eran dudosos, ó acabar pleitos presentes ó futuros, y se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos ó derechos dudosos. De este antecedente se originan consecuencias importantes que forman algunos de los artículos que siguen.

Sin embargo, debe decirse que las transacciones difieren de las sentencias en que ellas en sus cláusulas forman un todo indivisible y no pueden ser anuladas en parte, mientras que las sentencias que hubiesen decidido muchos puntos litigiosos, son susceptibles de ser reformadas en algunos de estos puntos y confirmadas ó llevadas á efecto en cuanto á los otros. Se ha observado también, con razón, que no había una perfecta analogía entre la autoridad de las transacciones y la autoridad de las sentencias. Las transacciones tienen muchas veces más fuerza que las sentencias y en otras menos, pues que ellas no pueden ser atacadas por los mismo medios que las sentencias; y por otra parte, están sujetas á causas de nulidad por las cuales las sentencias pasadas en cosa juzgada no pueden ser atacadas.—Véase sobre estas consideraciones *Zachariæ*, § 768.—*Aubry y Rau*, § 421.—*Troplong*, n° 129 y siguientes.

Faltos de la Cdm. de Apet. de la Cap.—*Aplicación del art. 850.*—Las transacciones no aprovechan ni perjudican á los terceros, que aunque interesados, no hayan intervenido.—*Jur. Com.*, IV, 481.





sacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada; ó más bien dicho, el contrato es la ley á que están sometidos los contratantes.

Para que la transacción pueda oponerse válidamente como excepción, es necesario estas condiciones: que las partes sean las mismas; que la cosa ú objeto sea el mismo sobre que se transó, y sea la misma acción. Así, la transacción concluída de buena fe por una tercera persona con el poseedor del derecho litigioso, no podría oponérsele al que se cree dueño del derecho, en lo que se diferencia del pago, pues, los terceros extinguen válidamente la obligación aun contra la voluntad del deudor. Resulta igualmente, que el propietario bajo condición resolutoria no podría transar sobre la cosa sujeta á la condición, y si su derecho se resolviera quedaría sin efecto lo convenido en la transacción; pero el titular del derecho podría aceptarla, si no estuviere revocada.

En principio general, la transacción hecha por uno de los interesados, ni perjudica ni aprovecha á tercero, ni á los demás interesados, aun cuando las obligaciones sean indivisibles (art. 851);

(**Art. 851.**) Es muy difícil justificar un principio tan absoluto que va contra la verdad de los hechos. Se comprende que el co-deudor de una obligación indivisible no pueda transar perjudicando el derecho de sus co-acreedores; pero no se admite que no pueda beneficiarlos; la inflexibilidad de semejante decisión no se justifica ante los verdaderos intereses de la sociedad. En el caso puesto por Troplong (Transacción n° 127), citado en la misma nota del Dr. Velez Sarsfield, no se decide en el sentido del artículo. Tres co-propietarios del fundo A, tienen una servidumbre indivisible sobre el fundo B, el dueño de ésta niega la servidumbre á uno de los co-propietarios y consiente en reconocerla mediante una suma de dinero. ¿Podrá nuevamente negarla y sostener un nuevo pleito con los otros co-propietarios sin que le pueda

Las transacciones posteriores derogan las de fecha anterior en cuanto las modifiquen ó desvirtúen.—Jur. Civ., VII, 252, Sér. 1°.

Forma para las partes una regla á la cual deben someterse como á la ley misma.—X, 11, Sér. 2°.

Las debidamente aprobadas, son ley para las partes que en ellas han intervenido.—VIII, 367, Sér. 2°.

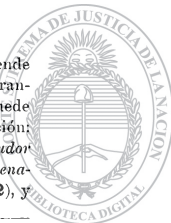


pero no se debe aplicar la regla en toda su rigidez, si queremos conservarnos dentro de los principios. Así, la transacción cele-

poner la transacción? Esto no es posible. Pero á fin de explicar el artículo debemos decir que, en la hipótesis propuesta, la servidumbre es debida al fundo y de cualquier manera que se reconozca aprovecha á todos; pero que aquí se habla de deudas de cosas indivisibles ó de deudas personales donde cada acreedor es dueño de una parte indivisa, p. e., A. y B. son acreedores de un carruaje, el deudor niega y contesta á B. ese derecho, y sobre eso transan, obligándose á entregar tal suma, la mitad del valor de la cosa; esa transacción no aprovecha á A., que en este caso viene á ser un tercero extraño; pero si por la transacción reconoce deber el carruaje, el co-acreedor puede aprovecharse de ese reconocimiento, si ha sido comprendido en él; no podrá oponerlo cuando se reconoció la obligación sólo en favor de B. Es sobreentendido que el artículo no se refiere á los casos en que el co-acreedor hubiera aceptado la transacción; entonces los herederos de ambos deben respetarla. Freitas, art. 1209, dice con más claridad: «La transacción sólo aprovechará ó perjudicará á los mismos transigentes ó á sus herederos, y no á los terceros. La que se hiciere por uno de los interesados, aunque la obligación sea indivisible, no aprovechará ni perjudicará á los otros interesados.» El artículo quedaría mejor redactado comprendiendo la doctrina general, de que cualquiera de los acreedores tiene derecho de hacer mejor la condición de sus co-acreedores, salvo su acción para recobrar, de los que se aprovecharen, la parte proporcional de lo que hubiere empleado, como si el derecho litigioso hubiere sido reconocido mediante un precio, el co-acreedor que se aprovechara debe abonarle la parte que le corresponda.—Comp. AUBRY y RAU, § 421, texto n° 1. DURANTON, XVIII, n° 418. PAUL PONT, *Contratos*, II, n° 676. TROPLONG, l. c., y nuestros arts. 503, 687 y 1199. Contra ACCARIAS, *Transacción*, n° 132.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 851.—Arg. de la L. 20, Tit. 22, Part. 3ª.—L. 2, Tit. 60, Lib. 7, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 2051—Sardo, 2090—Holandés, 894. Cuando las obligaciones son indivisibles, en contra Troplong, n° 127—Aubry y Rau, § 421.—El artículo del Código Francés no habla de este caso.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 851.—El que por transacción ha tomado sobre sí la ejecución de una obligación indivisible impuesta á varios, debe cumplirla por entero, y pagar los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento.—T. 27, p. 49.



brada por el vendedor de una propiedad, con el que se pretende verdadero propietario, y la reclama por reivindicación, esa transacción en que ha renunciado á su derecho por un precio, puede ser opuesta por el comprador para rechazar la reivindicación; de la misma manera, *la transacción entre el acreedor y el deudor extingue la obligación del fiador, aunque éste estuviera ya condenado al pago por sentencia pasada en cosa juzgada (art. 852), y*

(Art. 852.) Como la fianza es una obligación accesoria, una vez que la principal se ha extinguido totalmente, queda igualmente extinguida aquella, ó si se redujo por pagos parciales, se reduce de la misma manera. Si el fiador es condenado á pagar la obligación por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y el deudor principal transa con su acreedor conviniendo la forma del pago, la fianza se extingue sin que en este caso tenga relación alguna con el artículo 860, como algunos lo han creído. De cualquiera manera que la obligación se extinga ó modifique fundamentalmente, la fianza desaparece y por excepción se ha admitido que la prorrogación del plazo, que es una circunstancia accidental, extinga la fianza, cuando no hay novación, ni alteración sensible en la obligación. El artículo no distingue cuando la transacción se hiciere por tener el deudor principal una excepción personal de incapacidad, p. e., como en el art. 1994, si expresándose esa causa, el acreedor se ha reservado sus derechos contra el fiador. Lo natural y lógico es que el fiador responda por la obligación y repita contra el deudor principal incapaz, aquello en que se hubiera enriquecido. El desistimiento en este caso no equivale á una transacción; pero si el incapaz hubiere transado pagando aquello en que se había enriquecido, sin que el acreedor se hubiera reservado derecho alguno, el fiador estaría completamente libre, porque la obligación se consi-

Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 851.—La transacción sobre derechos hereditarios, hecha por un precio determinado, no importa una venta de los bienes que formaban el cuerpo de la herencia, y el acreedor hipotecario es preferido sobre los simples acreedores quirografarios, cuyos derechos sólo se justifican por la transacción.—Jur. Civ., VII, 551, Sér. 1ª.

Los coherederos que no han tenido intervención en el juicio y por consecuencia en la transacción, no pueden ampararse de lacto para interrumpir la prescripción.—Jur. Civ., XI, 80, Sér. 3ª.

La transacción hecha por uno de los condóminos, sobre el bien en condominio, ni aprovecha ni perjudica á los demás, quienes pueden continuar independientemente sus acciones.—Jur. Civ., I, 273, Sér. 2ª.

también se puede presentar como una excepción, *la transacción hecha con uno de los deudores solidarios (que) aprovecha á los otros pero no puede serles opuesta; y reciprocamente, la transacción concluida con uno de los acreedores solidarios puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta sino por su parte en el crédito (art. 853)*; es decir, deduciendo la parte del acreedor que ha

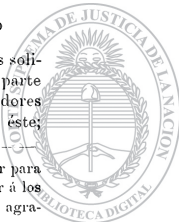
dera extinguida. Cuando la transacción se hubiera hecho con el fiador para libertarse de la fianza, el deudor principal podría oponer al acreedor lo que hubiese recibido á cuenta de la obligación, sin perjuicio de responder al fiador. La transacción hecha por el fiador quedará sin efecto, si el deudor principal paga la deuda extinguiéndola.—Comp. FREITAS, art. 1207. DURANTON, XVIII, n° 420 y 421. TROPLONG, *Transacción*, n° 128, y nuestros arts. 829, 1994 y 2046.

(**Art. 853.**) La transacción que tiene la fuerza de la cosa juzgada, tiene igualmente sus caracteres: para oponerla se necesita que exista identidad en las personas que litigan; identidad en el objeto. é identidad en la acción. La transacción no puede oponerse como excepción, sino cuando ha sido sobre el mismo objeto; así, el pleito transado entre un propietario y un inquilino, sobre á quién corresponden ciertas reparaciones que deben hacerse en la propiedad, no puede oponerse tratándose de otras reparaciones. De la misma manera, es necesario que sea entre las mismas partes interesadas, porque en el caso propuesto se puede volver á promover la misma cuestión por el inquilino, si éste hubiera adquirido y ejerciera sus derechos en virtud de cesión ó contrato de otro de los inquilinos de la misma cosa, porque no es la misma persona, representa á otra, cuyo derecho no se ha transado. El principio no sufre excepción en el caso del fiador, que no obstante no haber formado parte de la transacción, puede prevalerse de ella; porque siendo su obligación accesoria sigue los accidentes de la principal, siempre que no se agrave, y es por eso que se ha decidido en el artículo anterior, que la transacción con el deudor principal extingue la fianza. Aplicando estos principios á lo establecido en el artículo, debemos hacer la distinción entre la solidaridad activa y pasiva.

En la solidaridad pasiva, cuando uno de los deudores solidarios ha transado con el acreedor, veamos cuál es la posición de los demás co-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 852.—Porque siempre y en todo caso la obligación del fiador es una obligación accesoria que no puede continuar, faltando la obligación principal.





transado. En este caso puede ocurrir, cuando la deuda es solidaria: 1º, que la transacción se haya circunscripto á la parte del co-deudor contratante; entonces, los demás co-deudores quedarán liberados hasta la concurrencia de la parte de éste;

deudores. La solidaridad produce dos efectos: autorizar al acreedor para cobrar toda la acreencia de cualquiera de los deudores; autorizar á los deudores para mejorar la condición de sus co-deudores, pero no agravarla. Luego el acreedor en uso de un derecho perfecto puede transar con el deudor elegido, extinguiendo ó modificando la deuda; pero como los co-deudores no están obligados sino cuando aceptaren la transacción si les fuera provechosa, resulta que no podría serles opuesta por el acreedor, y por el contrario, ellos rechazarían la reclamación oponiendo la transacción, si la reputaran favorable. En la solidaridad activa, cuando varios acreedores solidarios pueden cobrar del deudor la totalidad de la acreencia, si éste ha transado con uno de ellos, como tiene autorización para mejorar la condición de sus co-acreedores, ellos pueden oponerla al deudor, cuando la creyeren provechosa, pero entonces lo harán, sólo *deduciendo la parte del acreedor que ha transado*. Esto es lo que nuestro artículo ha expresado obscuramente cuando dice: la transacción concluida con uno de los acreedores solidarios, puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta *sino por su parte en el crédito*, dando á entender que puede oponerse al acreedor que reclama, por la parte que tiene en el crédito, cuando por la solidaridad es dueño del todo. El deudor al ser requerido por uno de los acreedores solidarios, no puede oponerle la transacción celebrada con el otro, sino por la parte que á éste corresponde, y que ha sido extinguida por la transacción, en lo que hay lógica, para obligarlo á reclamar la parte del transigente, quien tomándola de la totalidad del crédito pagado, debería devolverla al deudor. He criticado este sistema en el art. 707, creyendo más lógico al Dr. Freitas, art. 1208, cuando da por extinguida la obligación por la transacción entre el deudor solidario y el acreedor, ó entre el acreedor solidario y el deudor. Si uno de los acreedores solidarios puede extinguir la obligación haciendo remisión de la deuda, con más razón podría transar recibiendo algo por la renuncia. Lo más justo y conforme á la verdad, es no dar al acreedor facultades que no han pensado en atribuirle sus demás co-acreedores, porque sólo tienen por objeto darse poder mutuamente para cobrar el crédito, y no para disponer de él.—Comp. MARCADE, al art. 1351, n° 14. BONNIER. *Prueba*, n° 701. AUBRY y RAU,



2º, que por la transacción se consienta en la división de la deuda conservando la acción solidaria sobre los demás; entonces sólo se podrá cobrar la totalidad, deduciendo la parte del deudor liberado; 3º, que la transacción se haya hecho en virtud de una excepción personalísima al deudor; entonces los co-deudores solidarios quedarán libres por la parte que hubiere dado ó prometido el transigente, no por la que le correspondía en la deuda; 4º, si la transacción se hiciera sobre toda la deuda, sin restricción alguna, en que pueden prevalecerse de ella los co-deudores satisfaciendo las obligaciones contraídas por el transigente; 5º, en la acreencia solidaria, los demás acreedores pueden demandar el total deduciendo la parte del que ha transigido, que es el caso del art. 853, última parte.

§ 261.—DE LA EVICCIÓN EN LAS TRANSACCIONES

La transacción es un reconocimiento mútuo de derechos sobre una cosa litigiosa, y como las partes no hacen sino renunciar á sus pretensiones en cambio de las concesiones que se les hacen, no están obligados á garantizarse la cosa ó derecho renunciado, por eso dice el (art. 854): *la evicción de la cosa renunciada por*

§ 421, texto, nº 1. TROP LONG, *Transacción*, nros 125 y 126. PAUL PONT, *Contratos*, II, nº 675 y sig. DURANTON, XVIII, nº 420, y nuestros artículos 707, 809, 810 y 830.

(Art. 854.) Esta cuestión la estudié en la nota al art. 836, opo. niéndome á la injusticia que resulta de su conclusión, y que el Dr. Velez Sarsfield defiende en la nota á este artículo fundándose en el derecho romano y en la gran autoridad de Pothier, Troplong y Aubry y Rau, me refiero á lo expuesto allí. Cuando la transacción, por un precio en dinero, se ha limitado al reconocimiento de los derechos contesta-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 853.—Véase el art. 2051 del Cód. Francés. Decimos que no puede serle opuesta, porque el deudor solidario puede mejorar la condición de sus co-interesados, pero no puede agravarla.—Véase Aubry y Rau, § 421.

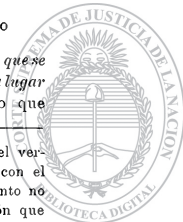
Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 853.—Las transacciones no aprovechan ni perjudican á los terceros, que aunque interesados no hayan intervenido.—Jur. Com., IV, 481.

una de las partes en la transacción, ó transferida á la otra que se juzgaba con derecho á ella, no invalida la transacción, ni da lugar á la restitución de lo que por ella se hubiere recibido; en lo que

dos, aunque la cosa entregada hubiera sido reclamada por el verdadero propietario que la obtuvo en juicio contradictorio con el poseedor, el que recibió el precio por la renuncia ó reconocimiento no tendrá obligación de devolverlo. Debemos hacer una distinción que salvara en parte esta injusticia. Si en la transacción se estableciera que el precio es el de la cosa, y que se paga por tener un valor de afición, ó si reconozco en la transacción que la cosa os pertenece, y la pago como tal, lo natural es que devuelva ese precio en caso de ser privado de ella por el verdadero propietario, en lo que no habrá evicción en el primer caso, porque la transacción habría quedado sin objeto, mientras lo habría en el segundo, pues se ha reconocido como propietario entregándole la cosa en ese carácter.

Los interesados pueden garantizarse mutuamente los derechos reconocidos, y entonces la transacción tomaría otro carácter; porque la parte vencida tendría los mismos derechos del comprador.

El Dr. Velez Sarsfield afirma en la nota, que el artículo es conforme al derecho romano, citando la ley 33, tit. 4, lib. 2, Cód. Rom.; dice la ley: «si por un fundo que demandáis, se ha convenido por una transacción entregaros una heredad de extensión determinada... aunque se pruebe que esa heredad pertenece en parte á otro, el derecho prohíbe de revocar el proceso terminado... Si el fisco ó cualquier otro ha reivindicado la mismas cosas que está en posesión, y relativamente á las que se transó, no podéis demandar cosa alguna.» La segunda parte apoya la decisión de que no se puede demandar la misma cosa objeto de la transacción en el sentido del art. 836, y en su primera, contradice el art. 855, que obliga eviccionar la cosa entregada en pago. Aubry y Rau, § 421, texto, n° 3, y nota 18, que han inspirado el artículo, no sostienen ni autorizan á quedarse con el precio en caso de evicción, porque si no dan la acción de garantía, en cuanto á los derechos reconocidos en su provecho, dicen en la nota: «es cierto que el que renuncia aún mediante un precio á sus pretensiones sobre el objeto litigioso que forma la materia de la transacción, no cede el objeto mismo, sino que se deja simplemente á la otra parte con los derechos que pretendía tener sobre ella», de donde no se podría sacar la consecuencia que está autorizado á retener el precio, sino á no eviccionar la cosa, en cuyo caso la transacción carecería de objeto, á menos de haberse hecho en





habría perfecta razón, cuando se tratara de la cosa objeto del litigio; pero no creo se pueda aplicar con justicia ese principio para autorizar á retener el dinero ó cosa dada por la renuncia del derecho, cuando el transigente hubiere sido privado de él por el verdadero propietario.

En los casos en que una de las partes hubiese transferido á la otra alguna cosa como suya en la transacción, si el poseedor de ella fuese vencido en juicio, está sujeta á la indemnización de pérdidas é intereses; pero la evicción sucedida no hará recibir la obligación extinguida en virtud de la transacción (art. 855), porque

una forma aleatoria; pero ya lo he dicho: la ley está así concebida, y debemos obedecerla.—Comp. POTHIER, *Venta*, n° 647. PAUL PONT, *Contratos*, II, n° 640, y AUBRY Y RAU, l. c., y nuestros arts. 836 y 1476, contra FREITAS, art. 1212, y las autoridades citadas en la nota al art. 836.

(Art. 855.) La transacción extingue la obligación, pero puede dar lugar á nuevas acciones nacidas del acto mismo. Cuando se entregó una cosa como precio de la transacción, si lo fué como propia tendrá obligación de eviccionarla, pero si era litigiosa ó dudosa y la entregó en ese carácter no responderá por la evicción. Si la cosa sobre que se transó ha sido recuperada por el verdadero dueño, así como la entregada en pago de la transacción, lo natural es que no hubiera reclamo por una y otra parte; pero la teoría del Código hace que el segundo se haga eviccionar, mientras el primero no tiene derecho á reclamar cosa alguna. El caso es semejante á una

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 854.—Lo contrario se dispone en el art. 1212 del Proyecto de Freitas. Nuestro artículo es enteramente conforme al Derecho Romano (L. 33, Cód. *De trans.*). El que renuncia, aunque sea por un precio, á sus pretensiones sobre el objeto litigioso que formaba la materia de la transacción, no cede este objeto mismo, sino que lo deja simplemente á la otra parte con los derechos que ésta pretendía tener en él. Hemos establecido como base del art. 836, que la transacción no es un acto jurídico que transmite derechos, sino que meramente los reconoce. Este reconocimiento que haga una de las partes de los derechos que la otra alega, no la pone en el caso del que por un precio hubiese traspasado el dominio incontestable que tenía en la cosa y que lo hace responsable en caso de evicción.

Igual artículo al nuestro fué propuesto en el proyecto del Código Francés, y después de una gran discusión fué suprimido. Pero los legisladores franceses no resolvieron lo contrario, y en esta ocasión hicieron lo que siempre se nota en las discusiones de ese Código, que, cuando la dificultad es grande, se pasa por ella y nada se dispone. La disposición del artículo es la doctrina de Pothier, *De la vente*, n° 647—de Troplong, n° 12, y de Aubry y Rau, § 421, nota 14.



las partes han tenido la intención de concluir con el asunto en litigio, y se debe respetar esa voluntad; la evicción es una prueba que la transacción se mantiene en toda su fuerza.

La transacción concluye el pleito por las causas y derechos que se tenían en el momento de hacerla, sin que se pueda ligar el porvenir; así, cuando *una de las partes en la transacción adquiere un nuevo derecho sobre la cosa renunciada ó transferida á la otra que se juzgaba con derecho á ella. la transacción no impedirá el ejercicio del nuevo derecho adquirido* (**art. 856**); porque viene

dación en pago, porque se extingue una obligación dando una cosa; pero la acción por la evicción no se funda en la anterior obligación, sino en el derecho de exigir se le entregue la propiedad de la cosa, ó los daños y perjuicios ocasionados, que se apreciarán, no por el precio de la cosa al tiempo de la evicción, según lo creen algunos, pues si se entregó por un precio determinado, como sucede en la dación de pago, debe devolverse el precio, las costas del contrato, el valor de los frutos, si tuvo que entregarlos al vencedor, los gastos y reparaciones que no sean necesarias y no se hubieren pagado y la diferencia de precio, si la cosa hubiere aumentado de valor, y el aumento no proviniera de causas extraordinarias, arts. 2118 á 2121. Si la cosa no tuvo precio determinado, cuando se entregó, se estimará por el valor que tenía al tiempo de la evicción, comprendiendo las demás obligaciones á que nos referimos en la anterior hipótesis. Pothier, *Venta*, n.º 646, dice á este respecto: «en esta transacción, recibo de aquel con quien transijo, el equivalente de la cosa que le doy: es decir, el desistimiento de la demanda que había deducido ó que debía deducir, cuyo desistimiento tengo interés en que se haga; es, pues, una cosa apreciable, y efectivamente la hemos apreciado en la transacción como equivalente al valor de la cosa que le doy por obtenerlo. Debo, pues, contraer por esta transacción la misma obligación de garantía hacia aquel á quien he entregado la cosa, como la que contrae el vendedor para con su comprador», y este mismo autor, que goza de tan grande autoridad por su juicio recto y siempre ilustrado, que tanto se cuida del que recibe la cosa en pago de la transacción, lo autoriza en seguida para que se quede con el precio, cuando ha desaparecido el objeto de ella.—Comp. FREITAS, art. 1211, que es más justo cuando en el 1212 no lo autoriza para retener el precio.—Véase los arts. 783, 2118 á 2121.

(**Art. 856.**) La transacción que tiene los caracteres de una sen-

de otra persona á quien no puede dañar la transacción; esto no importa hacer renacer el mismo proceso, pues es uno nuevo.

CAPÍTULO IV

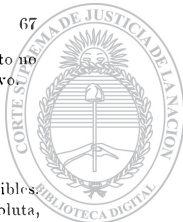
§ 262.—NULIDAD DE LAS TRANSACCIONES

Las transacciones pueden ser nulas, anulables ó rescindibles. Son nulas, cuando en los agentes hubiere incapacidad absoluta, por falta de manifestación de la voluntad, ó cuando el objeto de la transacción fuera prohibido por la ley, ó si hubiere error esencial sobre la materia.

Son anulables, cuando hay incapacidad relativa en los agentes. ó si adolecieren de los vicios de error, dolo, miedo ó violencia. Son rescindibles, cuando tuvieren por objeto la ejecución de un título nulo, ó si se descubrieran nuevos documentos, por los que resultara que una de las partes no tenía derecho alguno.

tencia en que las partes han derimido su controversia, no comprende los nuevos derechos que el renunciante puede adquirir en adelante, á no ser que expresamente los hubiera renunciado; porque si bien en apariencia hay diversidad de personas y de objeto, no la hay en realidad, pues suponemos al renunciante que viene en nombre de otro cuyo derecho ha adquirido posteriormente á la transacción, lo que no sucedería si ese derecho lo hubiera adquirido antes, aunque no hubiera hecho mención de él. No habría autoridad de cosa juzgada que alegar en la hipótesis, porque ni la persona, ni la acción serían idénticas. Es cierto que la transacción extingue sólo los derechos renunciados y que la interpretación debe ser restrictiva, pero se deben comprender todos los derechos que el renunciante tenía en el momento del acto. El art. 2050, Cód. Francés, que sirve de fundamento al nuestro, dice: «si el que ha transado adquiere un *derecho semejante* de otra persona, en cuanto este derecho nuevo no se encuentra ligado por la transacción», habiéndose salvado en nuestro artículo la crítica que con justicia le hace Paul Pont, II, n° 665 y 666.—Comp. DOMAT, *Ley. civ.*, lib. 1, tit. 13, sec. 1, n° 4. CÓD. DE CHILE, art. 2464. FREITAS, art. 1210.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 856.—Cód. Francés, art. 2050—Sardo, 2089—Holandés 1898.



Se puede enseñar como principio general, que *las transacciones hechas por error, dolo, miedo, violencia ó falsedad de documentos, son nulas, ó pueden ser anuladas en los casos en que pueden serlo los contratos que tengan estos vicios (art. 857)*, distinguiendo

(**Art. 857.**) Si el error de hecho ó de derecho fuera causa para anular la transacción, resultaría que en vez de concluir un proceso, se daría nacimiento á otro nuevo. Apenas habría transacción que no pudiera ser atacada, y este no ha sido el objeto de la ley. El error de la persona ó sobre la cosa objeto de la transacción, serían los únicos que la anularían. El error de derecho sólo es admisible cuando el título es nulo, art. 858, y cuando esa nulidad no hubiera sido materia de la transacción. «El error de derecho, decía el tribuno Gillet, aunque pueda ser en ciertos casos un motivo para revocar una sentencia, no lo es para rescindir una transacción.» (Locré, XV, pág. 447). El que transa no puede alegar error de derecho, pues se supone que antes de hacerlo ha consultado sobre la extensión del suyo. En cuanto al dolo, miedo ó violencia, viciando en su esencia el consentimiento mismo, hacen que no haya existido el concurso de las voluntades, ni la libertad necesaria para hacer firme y válido el acto. La falsedad de documentos que han servido de base para la transacción es una causa de nulidad, y debemos distinguir como en el caso del título nulo: si la falsedad era ó no conocida de ambos. En el primer caso, la transacción no sería atacable, porque la parte, conociendo la inconsistencia del derecho de su adversario, ha admitido y consentido en cederle parte de la cosa ó un precio. ¿Qué podría alegar en su favor? Cuando menos se supondría que ha querido privarse de las molestias y gastos de una gestión, aunque fuera injusta. En el segundo varía por completo, porque ambos de buena fe, creyendo sus pretensiones fundadas en documentos fehacientes, han cedido de sus derechos; hay un error que ha determinado la voluntad de uno de los interesados, no ha existido libertad y la transacción puede ser rescindida. Se ha notado con razón, que hay inexactitud en la última parte del artículo, y debe aplicarse sólo á los casos de error, dolo, miedo ó violencia, pues con relación á los contratos, la falsedad de documentos no es una causa de nulidad. Goyena, art. 1727, de donde fué tomado el artículo, no admitía el error de hecho, cuando la transacción versara sobre un pleito comenzado. Si la transacción fuera sobre diversas causas de manera que se pudieran considerar unas de diferentes y separadas unas de otras, dijimos que sólo se anularía la que adoleciera del vicio. Los errores de cálculo





cuando no ha existido voluntad en el agente, de cuando el consentimiento ha estado viciado.

La transacción puede quedar sin efecto por la rescisión, que tendrá lugar en los casos siguientes, así se dice:

a) *La transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, ó de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido, hayan ó no las partes conocido la nulidad del título, ó lo hayan supuesto válido por error de hecho ó por error de derecho. En tal caso la transacción podrá sólo ser mantenida, cuando expresamente se hubiese tratado de la nulidad del título (art. 858):*

aritmético no anulan la transacción, deben rectificarse. -- Comp. GOYENA, l. c. CÓD. FRANCÉS, art. 2053. PAUL PONT, *Contratos*, II, n° 681. TROPLONG, *Transacción*, n° 135.

(**Art. 858.**) La primera parte del artículo no se justifica ante los principios y fué de la tercera edición de Aubry y Rau, cuyos autores han rechazado esta opinión en la cuarta. La palabra título se refiere al hecho mismo, no á la manera de probarlo; en este sentido se dice, que la transacción es atacable cuando el hecho sobre que se funda no ha producido efecto. Cuando la nulidad no proviene del acto mismo, sino de la forma que lo prueba, no hay error de hecho, sino de derecho, y la transacción debe ser mantenida. Estos son los principios que nuestro artículo contraria. Así, cuando se trata, p. e., de un legado hecho en un testamento que no está firmado sino por dos testigos ó que ha sido escrito sólo en parte por el testador, si es ológrafo, ambas partes han tenido en su mano el testamento, y *conociendo los riesgos* de que adolezca, han preferido transar, entregando la cosa legada mediante una suma de dinero. ¿Qué puede alegar en su favor el heredero

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 857.—L. 65, Tit. 6, Lib. 12, Dig.—LL. 2, 19 y 29, Cód. *De trans.* La transacción es un contrato como está establecido en el artículo 832 y en todos los Códigos publicados. Por consiguiente, son nulas ó anulables por las causas que lo fuesen los contratos. Sin embargo, muchos juriconsultos, sin desconocer el principio, ponen otro al lado de él, que las transacciones son como las cosas juzgadas, respecto de los objetos sobre que versan, y que así sólo pueden ser anuladas en los casos en que pueden serlo las sentencias pasadas en cosa juzgada. Esta es una exageración de una simple paridad de la cosa juzgada con la transacción, paridad inexacta ó que tiene muchas excepciones, como lo hemos advertido en la nota al art. 850.



entendiéndose por título el hecho ó acto jurídico que sirve de fundamento al derecho transado, así como la escritura que prueba

para anular esta transacción? ¿El título nulo? Pero si conocía la nulidad, y por no entrar en un proceso ó por cumplir la voluntad del testador, ha preferido ejecutar el testamento, aunque podría anularlo. ¿Se permitiría alegar el error de derecho, diciendo que no sabía que esos defectos anulaban el testamento? El error de derecho á nadie excusa, ni impide los efectos legales de los actos lícitos, art. 923. Apenas habría transacción que no pudiera ser atacada por error de derecho. El mismo Dr. Llerena, que pretende justificar el principio aprobando que el Dr. Velez Sarsfield se haya separado de lo enseñado generalmente por los autores, da razón á nuestra crítica, al decir en el párrafo siguiente: «cuando se hace una venta ó se ejecuta cualquier otro acto de esta naturaleza, cuyo instrumento de obligación es *nulo, es racional* suponer que si las partes ejecutan el acto conociendo la nulidad del título, han querido confirmarlo, porque así les convenía, ó por cualquier otra causa», mientras que el texto del artículo dice todo lo contrario; «la transacción es rescindible... *hayan ó no las partes conocido la nulidad del título*». Lo que es razonable suponer, la ley lo rechaza; pero la ley es ley y debe obedecerse. La misión del comentarista es tratar por todos los medios razonables de circunscribir el radio de acción de un error, para que no produzca grandes perturbaciones en la sociedad; llenando esta misión, lo interpreto de este modo: Cuando la nulidad del título se hubiere alegado en juicio, cualquier transacción hecha con ocasión de él, debe considerarse inatacable, aunque expresamente no se hubiera transado sobre la nulidad. Lo que la ley ordena es que se mantenga la transacción cuando se ha *tratado* sobre la nulidad del título, si sobre eso ha versado la discusión, aunque nada se hubiere expresado en el documento de la transacción. Si las partes no han litigado y transaran extrajudicialmente, sería inatacable si hubieran consignado las causas que anulaban el título, aunque no expresen que transan sobre esa nulidad. El artículo comprende las transacciones extrajudiciales, si nada se dijera sobre la nulidad; y también la judicial, cuando nada se hubiera expresado sobre la nulidad como excepción. Cuando se hubiere transado sobre una causa de nulidad, sería válida, aunque no se hubieran alegado otras que podían igualmente anularlo. Troplong (*Transacciones*, n° 146), dice: «un acto puede adolecer de una de esas nulidades que son inherentes al título mismo, y que se revelan por el hecho de su producción ó de su lectura

y demuestra el derecho. Cuando se ha transado sobre la nulidad del acto, la transacción debe ser mantenida, y cuando nada se

á los que conocen la ley ó están obligados á conocerla. Ignorar esas nulidades es ignorar el derecho, y hemos visto que la transacción no es rescindible por error de derecho. ¿Qué sería, pues, de una transacción hecha sobre un acto viciado con una de estas nulidades? La parte que ha tenido este acto en sus manos, que ha leído su contesto, y que á pesar de las nulidades aparentes que lo vician, lo ha supuesto bueno por ignorancia de derecho, esta parte, ¿podría prevalerse del artículo para hacer rescindir la transacción? Y resuelve la cuestión por la negativa. Es necesario separar el error de hecho, como si se ha transado sobre un testamento anulable y resultare que ha sido revocado por otro posterior, este error anularia la transacción. No se debe confundir la *nulidad* del título con la falsedad de él; en el primer caso el título existe, aunque viciado, y ese vicio puede desaparecer por la confirmación; pero en la falsedad del documento no hay título, porque el falso se considera como si no existiera; la nulidad es del dominio del derecho, la falsedad es del hecho; así no hay error de derecho en la falsedad, porque es un hecho en sí; ahora si se supone que las partes ignoraban los efectos de esa falsedad y la nulidad que trae consigo, el error sería sobre las consecuencias, y la ley no se refiere sino al hecho mismo. El artículo habla de un título *nulo*, lo que excluiría el *anulable*, restringiendo aún el radio del que puede atacar la transacción. Freitas, art. 1204, hace esta diferencia: declara rescindible la transacción por error esencial: 1º, cuando versare sobre instrumentos nulos por nulidad absoluta, considerados como válidos; 2º, cuando versare sobre instrumentos nulos por nulidad relativa... á menos que las partes hubieran hecho mención expresa de la nulidad. Si damos esta inteligencia, que nos parece más jurídica, tendríamos: que cuando la nulidad es absoluta, no hay transacción; porque no se puede confirmar lo que es prohibido por la ley; cuando es relativa entonces, puede haberla si las partes hubieran tratado de ella, importando esto una confirmación. Así, los legados hechos en el testamento de un impúber, no pueden ser objeto de transacción, porque hay nulidad absoluta; los hechos en un testamento que carece de forma, pueden serlo, porque es relativa. Accarias (Transacción, nos 157 y 164) demuestran el error en que incurrieron Aubry y Rau al creer rescindible la transacción, suponiendo falta de causa, de modo que resultaba siempre atacable sin distinguir el error de hecho y el de derecho; error que han corregido



hubiere expresado, se presume que las partes no la han tenido presente, y la transacción puede rescindirse.

b) *La transacción puede ser rescindida por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerla, cuando resulta de ellos que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso (art. 859);* porque de haberlos conocido, la transacción no se hubiera celebrado.

aquellos eminentes juristas en la nota 5 al § 422.—Comp. AUBRY y RAU, § 422, texto a nota 5. TROPLONG, l. c. PAUL PONT, *Contratos*, II, n° 702 y sig. DURANTON, XVIII, n° 423, y las decisiones de varias cortes francesas citadas por Aubry y Rau.

(**Art. 859.**) El artículo consagra el principio contrario del derecho romano, y ha seguido al Código Francés en su artículo 2057; pero sin hacer la distinción de cuando la transacción es general, abrazando muchas cuestiones, de cuando es especial sobre un caso dado. Domat (*Leyes civiles*, lib. 1, tit. 13, sec. 2, n° 3) dice: «si era una transacción general sobre todos los asuntos que las partes podrían tener, las nuevas piezas (documentos) que se refieran á una de las diferencias, y que hubieran sido ignorados de una y otra parte, en nada cambiará la transacción; porque la intención ha sido de compensar y de extinguir toda clase de pretensiones.» El Código Francés, aceptando estos principios, consignó la excepción, de que podía anularse la transacción, cuando los nuevos títulos hubieran sido retenidos por una de las partes, siguiendo lo dispuesto en la ley 19, tit. 4 lib. 2 del Cód. Romano. El Cód. Civil Argentino, no hace esta distinción, aunque podría deducirse del artículo, pues supone que los nuevos documentos para anular la transacción deben ser de tal naturaleza, que demuestren el ningún derecho de una de las partes *al objeto litigioso*, refiriéndose únicamente á la transacción *especial* y dejando en toda su fuerza á la general, en la hipótesis de

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 858.—Aubry y Rau, § 422.—Zachariæ, § 769.

Faltos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 858.—Reconocida la existencia y autenticidad de la transacción, las partes están obligadas á su cumplimiento, y no procede la nulidad, siempre que se hayan llenado los requisitos que la ley exige para su validez.—IV, 191, Sér. 4°.

Siendo ley para las partes que han intervenido, no pueden oponerse á su cumplimiento, aun cuando se haya iniciado contra ella juicio de nulidad.—V. 378. Sér. 1°.



c) Cuando la transacción se hubiera celebrado en virtud de documentos falsos, ignorando la falsedad la parte perjudicada.

Domat. Y así juzgamos que debe entenderse, pues una transacción general no podría ser anulada, porque apareciese un título ó documento que sólo se refiriese á uno de los varios objetos comprendidos en ella. Tratándose del caso especial del artículo, es necesario que el título nuevo haya sido *desconocido* para una de las partes, sea por haberlo retenido por fraude, ó simplemente por haber ignorado su existencia. Cuando la ley habla del *objeto litigioso*, no quiere expresar que debe ser uno solo, pues pueden ser varios los litigados, sin que por esto pierda su carácter de especial que las partes han querido darle. El carácter general dependerá de los términos empleados, y de la voluntad de las partes. Si han transado sobre todas las diferencias actuales, ó que pudieran tener hasta el presente, se tendrá como general. Son cuestiones de hecho. ¿Qué se de debe entender por el *descubrimiento* de documentos de que no se tuvo conocimiento? Si han estado entre los papeles de la parte á quien interesaba su exhibición ignorando su existencia, ¿podría alegarse esta causa? Descubrir, es hallar ó encontrar lo que estaba oculto, secreto ó escondido en parte no conocida, y se podría sostener que el documento desconocido que tenía en su poder una de las partes lo había encontrado; pero teniendo en cuenta que la transacción extingue todo litigio, se debe rechazar la demanda en este caso. Si el nuevo documento sólo confirmase la pretensión de una de las partes, dándole mayor fuerza, no haría rescindible la transacción, si no probase de una manera evidente el ningún derecho de la otra al objeto litigado. La transacción sólo puede ser atacada por el que ha descubierto el nuevo documento.—Comp. ZACHARIE, § 769. PAUL PONT, *Contratos*, II, n° 724 y sig. BOILEUX, VII, 34. ACCARIAS, *Transacciones*, n° 160. AUBRY y RAU, § 422, texto d.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 859.—Cód. Francés, art. 2057—Sardo, 2006—Holandés, 1900—de Luisiana, 3050—Zacharie, § 769. En contra, L. 19, Tit. 4, Lib. 2, Cód. Rom.: *Sub prelocto instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi, jura non patiuntur*. Lo mismo el Cód. de Austria, art. 1387, que dispone así: «El descubrimiento de nuevos títulos no invalida la transacción si es de buena fe.» Lo mismo Goyena, art. 1728, fundado en las leyes que declaran que las sentencias no se revocan por instrumentos nuevamente hallados, y que las transacciones tienen la autoridad de la cosa juzgada. En el conflicto de estas autoridades, adoptamos la doctrina del Código Francés, porque en justicia y en equidad nada pierde por la anulación de la transacción el que no tenía en verdad derecho para recibir lo que por ella se le hubiese dado ó reconocido. aun- que pudiera fundarse en el derecho estricto de los contratos.





d) *Es también rescindible la transacción sobre un pleito que estuviese ya decidido por sentencia pasada en cosa juzgada, en el caso que la parte (favorecida) que pidiese la rescisión de la transacción hubiese ignorado la sentencia que había concluido el pleito. Si la sentencia (ignorada) admitiese algún recurso, no se podrá por ella anular la transacción (art. 860);* porque se supone

(Art. 860.) En este artículo, como en los dos anteriores, se habla de la transacción rescindible y no nula, ó anulable como lo expresa el art. 857. Una transacción es *nula*, p. e., cuando no hay manifestación del consentimiento por imposibilidad moral, como en el menor impúbere; es *anulable*, cuando existiendo ese consentimiento no ha sido manifestado con arreglo á la ley, como la transacción realizada por el menor púber sin consentimiento de su tutor ó del juez, ó cuando el tutor la hizo sin autorización del juez; es *rescindible*, cuando sin ser nula ni anulable se ha descubierto un error de hecho que ha viciado el consentimiento, como en el caso del artículo anterior. En el lenguaje del Código se usan algunas veces estas expresiones indistintamente, como lo hace el Francés en los art. 2054, 2056 y 2057.

El artículo contiene una inexactitud de expresión al decir: que la transacción es rescindible cuando fuere sobre un pleito decidido por sentencia firme, cuando la *parte que pidiese* la rescisión hubiera ignorado la sentencia, dando á comprender que cualquiera de ellas puede pedirla, cuando sólo se refiere á la parte favorecida por la sentencia; porque es seguro que no hubiera transado sabiendo que ésta le reconocería su derecho. Pero aunque ignorase la sentencia, si ésta no tenía la autoridad de la cosa juzgada, la transacción sería inatacable.

¿Cómo conciliar la expresión de la primera parte, que habla de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, con la segunda cuando admitiera *algún recurso*? En general, las sentencias adquieren la autoridad de la cosa juzgada cuando no hay otro Tribunal que pueda revocarlas. Así, las sentencias de la la Suprema Corte Nacional, cuando conoce originariamente, tienen la autoridad de la cosa juzgada si ha pasado el término para interponer el recurso ó revisión ante la misma Corte. En las provincias que tienen Cámaras de Apelación y Suprema Corte, las sentencias adquieren la autoridad de la cosa juzgada cuando la Corte ha fallado el asunto, si no es de aquellos de jurisdicción concurrente con la justicia nacional, en que se admite recurso para ante la Suprema Corte Nacional, en los casos del art. 14 de la ley 14 de septiembre de 1863. Así es que las sentencias del más alto tribunal de



que la parte favorecida ha querido concluir definitivamente el asunto.

La transacción sobre una cuenta litigiosa no podrá ser rescindida, por descubrirse en ésta errores aritméticos. Las partes pueden demandar su rectificación, cuando hubiese error en lo dado, ó cuando se hubiese dado la parte determinada de una suma, en la cual había un error aritmético de cálculo (art. 861); porque puede rectificarse sin alterar lo convenido.

provincia hacen cosa juzgada, como las de las Cámaras de la Capital, y sólo hay recursos en las hipótesis expresadas. Es á estas sentencias á las que se refiere el artículo, que no admiten recurso alguno. No basta, pues, la posibilidad de entablarlo, para que la transacción se mantenga, en caso de ignorarse la última sentencia, es necesario que el recurso sea admisible. Cuando la sentencia firme era conocida de la parte á quien favorecía, aunque el otro la ignorara, no podrá pedirse la rescisión de la transacción. Es de notar que en este caso se deja completa libertad á las partes para satisfacer sus más íntimos deseos; no se puede atacar la transacción por falta de causa. ¿Y qué más causa que la libre voluntad de las partes?—Comp. ACCARIAS, l. c., n° 159. PAUL PONT, l. c., nos 720 y sigs. AUBRY y RAU, § 422 texto y letra C.

Algunos creen que cuando se conoce la sentencia hay renuncia y no transacción: no soy de esa opinión. Véase nota al art. 832, al fin. La sentencia no notificada, pero conocida por una de las partes, se reputa ignorada. El artículo habla de la sentencia publicada; pero basta que la parte que hubiera sido favorecida estuviera notificada, para que la transacción no pueda ser atacada.

(**Art. 861.**) Los errores de cálculo no dan lugar á rescisión, sino á rectificación, y se entiende por tales, las inexactitudes en las operaciones aritméticas, como si se dijera que uno tomaría una parte, y el otro las dos terceras, y en la liquidación se les asignare una suma igual. Goyena, art. 1727, supone la materia de la controversia una cuenta sobre la que se transa para pagar la mitad ó la tercera parte, y después de haberse abonado resultara, que había un error aritmético; en ese caso se debe rectificar el error; á eso se refiere el Código cuando dice,

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 860.—L. 7, Tít. 15, Lib. 2, Dig.—L. 23, Tít. 6, Lib. 12, id.—Cód. Francés. art. 2056—Sardo, 2085—Holandés, 1899—de Luisiana, 3049.

TÍTULO XX

DE LA CONFUSIÓN



§ 263.—DIVERSAS SIGNIFICACIONES DE LA PALABRA CONFUSIÓN

La palabra confusión tomada en su generalidad y en un sentido extenso, significa la reunión en una misma persona de calidades que se destruyen, excluyéndose; así, el acreedor que adquiere la calidad de deudor por haber sucedido á aquel á quien debía, no pudiendo ser deudor de sí mismo, destruye el crédito. Significa también, el concurso de diferentes derechos que existían separados antes, y que vienen á reunirse en una sola mano, como el nudo propietario que adquiere el usufructo de la cosa, consolidando así la propiedad. Otras veces significa la mezcla de varias materias pertenecientes á diversas personas, y que se adquieren por accesión; pero el presente título habla de *la confusión que sucede cuando se reúnen en una misma persona, sea por sucesión universal ó por cualquier otra causa, la calidad de acreedor y deudor; ó cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor. En ambos casos la confusión extingue la deuda con todos sus accesorios (art. 862)*; porque una persona no puede ser acreedor y deudor de sí mismo.

ó si se hubiese dado la parte *determinada de una suma*, en la cual había un error aritmético. Zachariae, § 769, dice: «se puede rectificar el error de cálculo, á menos que las partes no hayan transigido sobre este error.»—Comp. TROPLONG, l. c., n° 166. PAUL PONT, l. c., nos 739 y sig.

(**Art. 862.**) La confusión extingue la obligación por la imposibilidad de ejecutarla. La confusión de la acreencia ó de la deuda puede tener lugar por sucesión, cesión ó traspaso; y la obligación se extinguirá de cualquier modo que se reunan en la misma persona la

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 861.—Véase las LL. 19, Tít. 22, y 4, Tít. 26, Part. 3ª.—L. 1, Tít. 8, Lib. 49, Dig.—L. 2, Tít. 52, Lib. 7, Cód. Rom.



§ 264. — CARACTERES DE LA CONFUSIÓN

La confusión sólo extingue una sola obligación, á diferencia de la compensación, en que habiendo dos deudas y dos personas diversas, las hace desaparecer.

La confusión produce sus efectos, aunque una de las obligaciones sea pura y simple y la otra condicional, mientras la compensación no tiene lugar en esas condiciones.

La confusión se diferencia del pago, porque en éste se cumple la prestación, y en aquélla el obligado se libera de cumplirla, y por eso, cuando tiene lugar *la confusión entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, ó entre uno de los co-deudores solidarios y el acreedor, sólo extingue la obligación correspondiente á ese deudor ó acreedor, y no las partes que pertenecen á los otros co-acreedores ó co-deudores (art. 866)*, restableciendo así la ver-

calidad de acreedor y deudor. Cuando el acreedor ha sucedido á un tercero que se había obligado á pagar al deudor una suma igual, la deuda se extinguirá por la confusión. Si el acreedor hipotecario sucede á un tercero que garantizó al deudor con hipoteca sin obligarse personalmente, la hipoteca se extinguirá, porque no puede ejecutar su propio bien; pero la acreencia continúa subsistiendo sin la garantía; sucederá lo mismo cuando el fiador viene á ser heredero, del acreedor: la fianza desaparece subsistiendo la acreencia.—Comp. Cód. DE CHILE, artículo 1665. GOYENA, art. 1156.—Véase arts. 3055, 3198, 3342 y 3417.

(**Art. 866.**) En la solidaridad activa, cuando hay muchos acreedores y un solo deudor, la confusión entre uno de los acreedores y el deudor no extingue toda la obligación, porque cada uno de los acreedores es dueño de una parte determinada de la acreencia, y sólo se extingue en esa parte, debiendo á sus demás co-acreedores la parte correspondiente. En la solidaridad pasiva, cuando son varios los deudores y un solo acreedor, si uno de los deudores sucede al acreedor, la deuda se extingue en la parte que le corresponde, debiendo

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 862.—Véase la L. 8, tít. 6, Part. 6^a.—L. 21, tít. 3, lib. 34, Dig.—L. 75, Tít. 3, Lib. 46, Id.—Cód. Francés, art. 1300.—Sardo, 1391.—Holandés, 1472.—Napolitano, 1254.—de Luisiana, 2214. *O por cualquier otra causa*, decimos, como venta de una herencia, cesión de un crédito, sociedad universal, etc.

dadera teoría y limitando el alcance del art. 707. En el pago ó compensación se extingue por completo la obligación.

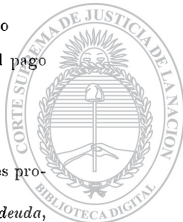
§ 265.—EFECTOS DE LA CONFUSIÓN

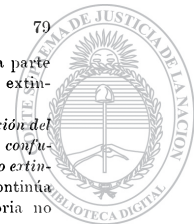
La confusión como medio de extinguir las obligaciones produce los efectos siguientes:

a) *La confusión puede tener efecto, ó respecto á toda la deuda, ó respecto sólo á una parte de ella. Cuando el acreedor no fuese heredero único del deudor, ó el deudor no fuese heredero único del acreedor, ó cuando un tercero no fuese heredero único del acreedor y deudor, habrá confusión proporcional á la respectiva cuota he-*

accionar contra sus co-deudores por lo restante, porque cada uno no es deudor por la totalidad, sino con relación al acreedor que puede accionar contra cualquiera de ellos, cobrando toda la acreencia. Cada deudor como cada acreedor se han investido de un poder especial, los unos para cobrar el total, los otros para pagarlo; pero unos y otros en sus relaciones de derecho dividen la deuda ó la acreencia en la proporción determinada, ó por iguales partes, si nada se hubiere determinado. Cuando el deudor hubiere sido demandado por uno de los acreedores, á quien deberá pagarle, si viniera á sucederle, la confusión no extinguirá la obligación, pues deberá á los otros la parte correspondiente, quienes podrán exigírsela deduciendo la parte del acreedor á quien ha sucedido. Según estos principios, el acreedor que sucede á uno de sus deudores solidarios conserva su acción contra los otros co-deudores solidarios deduciendo la parte extinguida por la confusión, y recíprocamente: cuando son varios deudores obligados para con varios acreedores, si uno de ellos sucede al otro, sólo extingue la deuda en la parte proporcional que tenía el deudor á quien ha sucedido; si un deudor solidario sucede á uno de sus co-deudores, él acumula las obligaciones sin confundirlas, de manera que puede deducir por su parte las excepciones personales que tuviera, ó las que compitiesen á su causante en su caso.—Comp. L. 5, tít. 1, lib. 46 Dig.—FREITAS, art. 1194. Cód. DE CHILE, art. 1668.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 866.—Cód. Francés, art. 1209.—Sardo, art. 1299.—Cód. Napolitano, art. 1162.—Cód. Holandés, art. 1324.—L. 71, tít. 1, lib. 46, Dig.





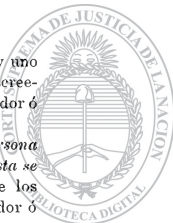
reditaria (**art. 864**); porque habiendo heredado sólo una parte de la acreencia ó de la deuda, sólo en esa parte queda extinguida.

b) *La confusión del derecho del acreedor con la obligación del deudor, extingue la obligación accesoria del fiador; mas la confusión del derecho del acreedor con la obligación del fiador, no extingue la obligación del deudor principal* (**art. 865**), que continúa como si no hubiera tenido fianza. La obligación accesoria no altera ni modifica la principal.

(**Art. 864.**) Tiene lugar la confusión en la totalidad de la deuda, cuando el deudor ó acreedor fuere heredero único del acreedor ó deudor. Sólo hay extinción parcial cuando A. acreedor de B. por cien, tiene por herederos á C. y D., si C. viene á ser sucesor de B. sólo extingue la deuda por la mitad, debiendo la otra mitad á su co-heredero D. De la misma manera si el deudor B. tiene por herederos á C. y D., y éste viene á ser heredero del acreedor A., extinguirá la acreencia por confusión en la mitad, cobrando la otra mitad de su co-heredero C. Y en todas las ocasiones en que un tercero sucediendo con otros venga á ser acreedor y deudor, sólo extinguirá la acreencia en la proporción que tenga en cada una de las sucesiones; si como acreedor posee la mitad y como deudor un tercio, sólo se extinguirá por un tercio teniendo derecho á lo restante. Cuando la obligación fuera indivisible, sucediendo en ella varios herederos, como no puede ejecutarse por partes, la división se aplicará á la indemnización.—Comp. LAROMBIERE, III, al art. 1300, n° 10. FREITAS, art. 1192. GOYENA, art. 1189.— Véase artículos 3435, 3494, 3502.

(**Art. 865.**) Cuando el acreedor adquiera la calidad de deudor, extingue la obligación y con ella las accesorias de hipoteca, prenda ó fianza que la aseguraban; pero si el acreedor sucede al fiador ó al que ha garantido la deuda con la hipoteca, se extingue sólo la garantía; de la misma manera, si el deudor ha sucedido al fiador, la fianza desaparece, porque nadie es fiador de sí mismo; pero subsistirá la prenda ó hipoteca constituidas sin que la confusión altere la posición del deudor. Cuando el fiador sucede á otro fiador con el cual garantían la misma deuda, su obligación accesoria no se extingue por la confusión,

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 864.—Marcadé, n° 558.—L. 50, tít. 1, lib. 46, Dig.—Véase Cód. Francés, art. 1201.—Napolitano, 1162.—Sardo, 1299.—Holanda, 1324.



c) La confusión entre uno de los acreedores solidarios y uno de los deudores, ó entre uno de los deudores solidarios y el acreedor, sólo extingue la obligación correspondiente á ese deudor ó acreedor.

d) *La confusión no sucede, aunque concurren en una persona la calidad de acreedor y deudor por título de herencia, si ésta se ha aceptado con beneficio de inventario (art. 863);* porque los patrimonios no se han confundido, y continúa siendo deudor ó acreedor de la herencia aceptada.

e) *Si la confusión viniese á cesar por un acontecimiento posterior que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán*

pues si tuviere una excepción personal por su propia fianza para liberarse de ella, continuaría siendo fiador de su causante.—Comp. FREITAS, art. 1193. GOYENA, art. 1158.—Véase arts. 2047, 2048, 3191.

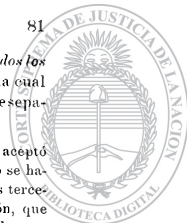
(**Art. 863.**) El beneficio de inventario tiene dos objetos: 1º, impedir la confusión del patrimonio del difunto con el del heredero; 2º, limitar las obligaciones del heredero quien sólo responde á las deudas de la sucesión con el haber de ésta. El heredero beneficiario puede concurrir como si fuera un extraño, y perseguir al fiador que garantiese la acreencia que el heredero tuviera contra el difunto; pero debe conservar todos sus derechos en interés del fiador para que entre en la distribución con los demás acreedores. Cuando el heredero beneficiario fuere el deudor, su fiador no se encuentra liberado, porque no hay confusión, y continuará respondiendo á los acreedores ó legatarios de la sucesión, si no hubiere con qué pagar las deudas ó legados. Lo mismo sucedería, si suponemos que un terreno hubiese sucedido al acreedor y al deudor aceptando cualquiera de las dos sucesiones bajo beneficio de inventario, lo que impediría la reunión en la misma persona de la calidad de deudor y acreedor.—Comp. FREITAS, art. 1190.—Véase art. 3373.—GOYENA, art. 1157.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 865.—L. 21, tít. 1, lib. 46, Dig.—Código Francés, art. 1301.—Cód. Sardo, art. 1392.—Cód. Napolitano, art. 1255.—Cód. Holandés, 1473.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 863.—L. 8, tít. 6, Part. 6ª.—L. 22, § 9, tít. 30, lib. 6, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 802.—Sardo, 1023.—Holandés, 1078.—Napolitano, 719.

restituidas á los derechos temporalmente extinguidos, y á todos los accesorios de la obligación (art. 867); pero la persona en la cual se reunieron las calidades de deudor y acreedor, no puede sepa-

(Art. 867.) Si la confusión cesara, como si el acreedor que aceptó la herencia pura y simplemente fuera incapaz, la obligación no se habría extinguido y las cosas quedarían como antes estaban. Los terceros que hubieran adquirido derechos en virtud de esta extinción, que legalmente no se ha producido, soportarán las consecuencias de este nuevo estado de cosas, que en realidad no lo es, pues no se ha alterado. Las garantías hipotecarias, privilegios y fianzas de la obligación extinguida en apariencia, no reviven ni renacen, como se ha creído. porque no han desaparecido, y siguen acompañando como accesorios á la obligación que no se extinguió; pero esto no será una causa de suspensión, ni influirá sobre la prescripción ó sobre las demás causas de extinción. Si la hipoteca dada tuviera diez años, cuando se hiciera la separación de las calidades del acreedor y deudor, se considerará extinguida legalmente. Si la cancelación de la hipoteca se hubiera hecho en el registro, los terceros que hubieran obtenido una nueva, ocuparían el primer lugar; sería lo mismo, si teniendo una segunda hipoteca hubiera venido á ser primera, porque la segunda es posterior. La fianza que se extinguió aparentemente por la confusión, se dice que renace cuando no ha dejado de existir en realidad, desde que no ha habido confusión. Si el plazo de la obligación estuviera vencido, cuando la fianza vuelve á renacer, eso no liberaría al fiador, como algunos lo han creído, porque el vencimiento de la obligación no extingue la fianza, y sólo confiere derecho al fiador para requerir al acreedor que proceda contra el deudor, y si no lo hiciere, el fiador no responderá de la insolvencia del deudor, art. 2015. La fianza se extingue es cierto, por la prórroga del plazo hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador; pero el hecho de no cobrar la deuda al vencimiento, sólo da derecho al fiador para pedir el embargo de los bienes del deudor ó la exoneración de la fianza (art. 2026, n° 2); pero no se libera por el vencimiento. La no ejecución no es una prórroga tácita según los arts. 2015 y 2026. Así, cuando el indigno ha sido privado de suceder, si era deudor del difunto con una deuda afianzada, continuará siéndolo con la fianza, prenda, etc., porque no se ha extinguido. Operada la confusión por la aceptación pura y simple de la herencia del deudor por el acreedor, ó vice-versa, cesará por la revocación ó anulación; como si una mujer casada la hubiera aceptado sin consentimiento de su mari-



rarlas á su voluntad, haciéndola renacer en perjuicio de terceros, ya sea cediendo la acreencia á otros, ya delegando la deuda.

Para que la confusión se opere, es necesario que la transmisión de la deuda ó de la acreencia se haga adquiriendo ésta, ó constituyéndose en deudor. No tiene lugar la confusión, cuando antes de adquirir la calidad de deudor, ha cedido la acreencia á una tercera persona. Finalmente, la confusión suspende la prescripción.

do, ó fuere hecha por dolo ó violencia; declarada nula la aceptación, los derechos que en apariencia quedaron extinguidos por la confusión, volverían á renacer con todos sus privilegios é hipotecas.—Comp. FREITAS, art. 1195.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 867.—Marcadé, n° 860.—Como si el testamento que creó los derechos fuese después anulado.—L. 21, Tít. 2. Lib. 5, Dig.



TÍTULO XXI

DE LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR

§ 266.—DE LA RENUNCIA EN GENERAL.—CAPACIDAD PARA HACERLA

La renuncia es un acto de libre y espontánea voluntad, por el cual se abandona un derecho, sea personal ó real, y puede hacerla *toda persona capaz de dar ó de recibir á título gratuito*, así como *puede hacer ó aceptar la renuncia gratuita de una obligación. Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida (art. 868)*; porque el renunciante ha dejado de ser dueño del derecho abandonado, que ha pasado al deudor.

(Art. 868.) La renuncia en sentido general y extenso es un acto por el cual se abandona un derecho; cuando se aplica á una acreencia de persona determinada se llama remisión, de la que el Código se ocupa en título separado. La renuncia de la acción judicial entablada se llama desistimiento. La renuncia gratuita no es en realidad un contrato, como se la considera por el Código, porque si se exige la aceptación para que quede extinguido el derecho renunciado es con el objeto de dar al acto un carácter irrevocable; sin embargo, en el abandono de las cosas muebles ó semovientes, el dominio se pierde por el hecho de dejarlas sin ánimo de volverlas á tomar. La garantía hipotecaria, p. e., se consideraría extinguida, si el acreedor la renunciare por escritura pública, y pidiera su anotación en el registro, sin necesidad de aceptación por parte del deudor. De la misma manera se ha decidido por una Corte de Casación Francesa, que basta la renuncia del propietario á un derecho que le pertenece, para que el derecho secundario tome el rango del primero que se considera extinguido. Pero la teoría admitida por el Código exige la aceptación de aquel á quien aprovecha la renuncia, y mientras la aceptación expresa ó tácita no haya tenido lugar, puede revocarla el renunciante.

En este artículo se habla de la renuncia gratuita para hacerla ó aceptarla; sin embargo, puede haber renuncia por un precio dado ú ofrecido: entonces toma todos los caracteres de un verdadero contrato bilateral.

Este título no lo tiene el Código Francés ni los demás que lo siguen,





La renuncia puede ser á título gratuito ú oneroso, hacerse por actos entre vivos ó por actos de última voluntad. Cuando es gratuita, el que la hace debe tener capacidad para donar el objeto de la obligación, y éste ser susceptible de ser renunciado; pero *cuando la renuncia se hace por un precio ó una prestación cualquiera, la capacidad del que la hace y la de aquel á cuyo favor es hecha, se determinan según las reglas relativas á los contratos por título oneroso (art. 869).*

y ha sido tomado de la doctrina de los expositores del derecho frances Aubry y Rau y Zachariæ.

Freitas, siempre más lógico la comprende en el mismo título, tratando primero la renuncia en general y en seguida de la remisión. La renuncia gratuita importa una donación, y está sujeta á sus leyes, respecto á la capacidad de hacerla y de aceptarla. La renuncia puede comprender todos los derechos, aunque el artículo se refiere sólo á obligaciones.

(**Art. 869.**) La renuncia por un precio ú otra prestación cualquiera puede confundirse con la transacción, en que cada una de las partes hace sacrificios mutuos; pero se diferencia en que la transacción se refiere á derechos litigiosos, y la renuncia trata de derechos que nadie pone en duda. La renuncia puede confundirse con la novación; porque la prestación primitiva se cambia en otra; pero en la novación existen dos obligaciones de las cuales una queda extinguida, mientras en la renuncia hay sólo una; sin embargo, habrá casos en que la renuncia se confundirá con la transacción y en otras con la novación, debiendo entonces regirse por las disposiciones de esos títulos. Respecto á la capacidad, objeto y manera de expresar el consentimiento, se regirá por lo dispuesto en el título de los contratos; pero no tiene forma determinada. El Código ha seguido á Aubry y Rau separándose de Zachariæ y Toullier, con los que no estoy conforme, prefiriendo la expresión de Freitas, art. 1218, que dice: «si la renuncia fuere *onerosa* puede ser hecha por contrato. Si el contrato de renuncia se refiere á derechos litigiosos ó dudosos, le serán aplicables las reglas de la transacción; en caso contrario, regírase por las reglas de los contratos». Si tomáramos la compra-venta como el contrato tipo para aplicar sus disposiciones á la renuncia como lo hacen algunos, restrin-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 869.—Aubry y Rau, § 323.



La renuncia hecha en disposiciones de última voluntad, es un legado y se reglará por las leyes sobre los legados (art. 870); estando sujeta á colación.

Si la renuncia por un contrato oneroso se refiere á derechos litigiosos ó dudosos, le serán aplicadas las reglas de las transacciones (art. 871), y, por consiguiente, no estará obligado en caso de evicción, á menos de convención expresa.

giríamos el radio de aplicación que el juez debe hacer al resolver cada caso; es mejor dejarles libertad para aplicar la disposición que convenga al caso que debe resolverse, ya sea la de los contratos unilaterales á título oneroso, ó gratuito ó de los bilaterales.

(Art. 870.) Cuando la renuncia es gratuita toma el nombre de remisión, si es hecha por un acto entre vivos; si se hace en un testamento es un legado de deuda ó de liberación. En el primer caso, se rige por contratos á título gratuito, en el segundo por los legados; pero en el fondo son una misma cosa, con la diferencia que unos pueden revocarse y tienen su efecto inmediato, quedando irrevocable por la aceptación, mientras las otras pueden también revocarse, pero no aceptarse hasta el fallecimiento del testador. Cuando la renuncia por testamento es onerosa, se llama legado con cargas y el legatario debe cumplirlas para obtener su liberación, si se impusieron como condición resolutoria; pero si no lo fueran, sólo hay derecho para compelerlo á que cumpla los cargos.—Véase FREITAS, art. 1217 y nuestros arts. 3782 á 3786.

(Art. 871.) En la transacción se renuncia á los derechos que cada uno creía tener, no hay enajenación, sino reconocimiento de lo que hasta entonces se había puesto en duda; cuando la renuncia comprende derechos litigiosos, y los litigantes se hacen concesiones mutuas. se llama transacción: cuando una de las partes renuncia sin que la otra nada le reconozca ni le dé en pago, la transacción no existe y se llama desistimiento; si no hubiera existido proceso y renunciase á sus pretensiones, será una simple renuncia, que se diferenciará de aquellas á las que se refiere este título en cuanto al fondo, porque son derechos ú obligaciones que nadie pone en duda.—Véase FREITAS, art. 1218 citado, y nuestros artículos sobre transacciones.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 869.—Aubry y Rau, párrafo citado.—Duranton, tomo 12, núms. 341 á 352.

La renuncia puede hacerse pura y simplemente ó bajo condición suspensiva ó resolutoria, siempre que el objeto sea susceptible de ser renunciado.

Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar á todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales ó convencionales; pero no á los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia (art. 872); así se puede renunciar á la evicción

(Art. 872.) Si la renuncia es un contrato que extingue derechos ú obligaciones, debe sujetarse á las disposiciones generales. Así, no se puede renunciar sino los derechos que pueden ser objeto de contrato. La patria potestad, el poder marital, el estado de familia, etc., que interesan al orden público no pueden ser objeto de una renuncia, y actos semejantes serían nulos; pero en cambio se pueden renunciar las meras expectativas, como el derecho de oponer una excepción, la compensación, el beneficio de excusión y cosas semejantes. No se renuncian las expectativas creadas por la ley, como las que se refieren á las sucesiones, á la mayor ó menor edad, etc. Si la renuncia es el simple efecto de una convención anterior y forma parte de una de esas estipulaciones, deberá considerarse válida, si el derecho renunciado es de interés puramente privado. Así, ni el dolo en los contratos, ni la obligación de los posaderos de responder por los efectos introducidos en las posadas, se pueden renunciar, pero sí los derechos condicionales, ya estén sometidos á una condición suspensiva ó resolutoria, en que existen realmente, pero que pueden ser revocados.—Comp. l. 34, tit. 14, lib. 2, Dig. que se refiere á una opinión de JULIANO. AUBRY y RAU, § 323, texto, y ZACHARIE, § 568, texto y nota 5, y MERLIN, *Repertorio*, V, *Sucesión futura*, y nuestros arts. 5, 19, 21, art. 65, matr. civ. 842 á 845, 1218, 2099, 2232 y 3965.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 872.—Aubry y Rau, lugar citado. El marido ó el padre no podrán renunciar á los derechos que las leyes les confieren sobre la mujer ó los hijos.—Véase regla 34, tít. 34, Part. 7°, l. 34, tít. 14, lib. 2, Dig., y l. 7, id, § 16.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación al art. 872.—Por el artículo 6 del compromiso arbitral celebrado en 5 de mayo de 1881, entre las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, dichas provincias renunciaron en su interés recíproco y en el de sus causa-habientes, los derechos de propiedad sobre los terrenos legítimamente enajenados antes del mencionado compromiso, que pudieran



en el contrato de compra-venta; pero no á la patria potestad, al poder marital, etc.

§ 267.—DE LA FORMA DE LA RENUNCIA

La renuncia es una manifestación de la voluntad que puede hacerse expresamente en cualquier forma, sea por escritura pública ó privada, sea ejecutando un acto que necesariamente haga suponerla, como entregando el título donde conste la obligación renunciada; por eso dice el (art. 873) que *la renuncia*

(Art. 873.) La renuncia puede hacerse en cualquier forma sin tener en cuenta el valor del derecho renunciado; así, aunque la obligación fuera de 20 ó 100 mil pesos se supondría renunciada, si el acreedor entregó al deudor el documento original donde constase la deuda. La renuncia tendrá lugar igualmente, cuando voluntaria ó conscientemente se ha ejecutado el acto sobre el cual se podría reclamar; como si la cosa legada en un testamento declarado nulo, se entregara al legatario voluntariamente, se entiende renunciado el derecho de oponerse.

No se debe confundir la forma con la prueba; si en ciertos casos es necesario que la renuncia sea expresa y hecha en escritura pública como en el del art. 3193, es porque la cancelación de la hipoteca pública puede hacer de otra manera; sin embargo, este mandato no es absoluto, porque la renuncia puede ser privada ó judicial, y entonces el Juez ordenará la cancelación, que se hará sin necesidad de escritura pública. En cuanto á los derechos hereditarios que pasasen de mil pesos de que habla el art. 1384, n° 6, cuya renuncia debe hacerse en escritura pública, ofrece también excepciones; cuando el heredero renunciase á la herencia en el mismo expediente, se tendría por bastante, ó cuando al hacerse privadamente se obligara á reducirla á escritura pública, si fuera reconocida ante el Juez; pero de esto no se deduce, como algunos creen, que toda renuncia cuyo valor exceda de 200 pesos debe ser hecha por escrito. Cualquier derecho particular se puede renunciar tácitamente, como si en presencia y con el consentimiento del dueño de la obligación se deja ejecutar un acto contrario. La ley no

series adjudicados por el laudo. Las ventas hechas de tales terrenos por las provincias adjudicatarias después del laudo, no son hábiles para transferir á los compradores el dominio que habían perdido por dicha renuncia.—XXXI, 322.





no está sujeta á ninguna forma exterior. Puede tener lugar aun tácitamente, á excepción de los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera expresa, como en la donación de bienes raíces que debe aceptarse expresamente.

Por regla general, *la intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzca á probarla debe ser restrictiva (art. 874),* comprendiendo únicamente el objeto ú obje-

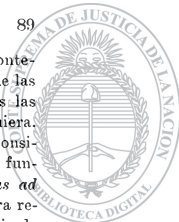
limita la forma sino cuando ordena que la voluntad sea manifestada de una manera expresa. En algunos casos establece una presunción que no admite prueba en contra, como sucede cuando se entabla la acción civil por la indemnización de un delito, se entiende renunciada la criminal, ó cuando se ha entablado la acción petitoria, se entiende renunciada la posesoria. No se debe confundir la cuestión de la renuncia tácita, con la que resulta de la elección de dos ó más acciones que se tengan para reclamar judicialmente una cosa pues está sujeta á lo que deciden las leyes de procedimientos.—Comp. FREITAS, art. 1216. AUBRY y RAU, l. c., texto y nota 7 á 9, y nuestros arts. 814, 918, 919, 974, 1184, n° 6, 3193, 3349, y sobre todo, los arts. 3047 y 3080, en que la renuncia no necesita ser aceptada en el primero, y basta la ejecución de ciertas obras en el segundo.

(**Art. 874.**) Sea expresa ó tácita la renuncia, debe partirse del principio que la intención de renunciar no se presume, y la interpretación se limitará al hecho mismo, sin extenderse á otros. Hay casos en que la renuncia tácita resulta de los actos mismos ejecutados por el renunciante, y que son incompatibles con su derecho, como la eje-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 873.—Aubry y Rau, en el n° 1 del párrafo citado. En las notas 8 y 9 pone diversos ejemplos en que las renunciaciones tácitas pueden tener lugar, y en los que el derecho exige que la renuncia sea expresa.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 873.—Por el artículo 6 del com. promisorio arbitral, celebrado en 5 de mayo de 1881, entre las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, éstas renunciaron al dominio de los terrenos legítimamente vendidos, que pudieran resultar dentro de su jurisdicción. La venta de los mismos hecha por la provincia adjudicataria, después del laudo, no puede perjudicar á los derechos de los compradores anteriores, y la mensura mandada hacer, á consecuencia de esta venta, no debe incluir la parte vendida á estos últimos (arts. 868, 872, 873, 3267 y 3270, Cód. Civ.)—XXXI, 340 y 382.

¶ *Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap. Aplicación del art. 873.*—La renuncia á los derechos personales puede tener lugar tácitamente, á excepción de los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera expresa.—Jur. Civ., V, 559.



tos renunciados sin extenderlos por analogía á otros no contenidos en la renuncia; pero esto no importa establecer que las partes no puedan renunciar de una manera general todas las consecuencias previstas é imprevistas de un acto cualquiera. Estos principios no se aplican á las acciones que la ley considera renunciadas una vez que se ha elegido una de ellas, fundándose en la máxima *electa una via, non datur regressus ad alteram*. Así, cuando la ley concede dos ó más acciones para reclamar una cosa, la elección de una no importa la renuncia de las otras, si la ley no lo establece expresamente.

cución y entrega del legado, dejado en un testamento nulo; hay otros que se deducen de los actos ejecutados por el obligado, tendentes á libertarse de la obligación, como si el dueño del predio que tiene una servidumbre de tránsito consiente en que el dueño del sirviente cierre el lugar del paso, art. 3080; lo mismo sería si el dueño del predio dominante hiciera obras en su terreno impidiendo esa misma servidumbre, art. 3049. La renuncia debe concretarse al acto mismo renunciado, sin que pueda extenderse á otros, á semejanza de lo que sucede en las obligaciones alternativas de prestaciones anuales (art. 640), que la elección para un año no obliga para los otros. Así, el que ha sido exceptuado de las contribuciones públicas por un establecimiento cualquiera, si las pagare durante un año, se entiende que ha renunciado á ese año y no á los otros. No se debe confundir la elección que el deudor ó el acreedor hacen en la obligación alternativa con la renuncia; porque cuando se ha elegido la cosa, no es que se haya renunciado á la otra, sino que se ha fijado una obligación que estaba indeterminada. La renuncia está sujeta á la interpretación que hagan los tribunales, debiendo desecharla en los casos dudosos. Cuando la renuncia es tácita no hay necesidad de aceptarla formalmente. Freitas, art. 1216, dice: «conocida la intención de renunciar, la interpretación debe ser restrictiva.»—Comp. AUBRY y RAU, § 323, texto y nota 11 y 12. MERLIN. *Rep. 1.º Renuncia*, § 3, y nuestros arts. 812, 835, 1818, 3047 á 3049, 3080 y 3345.

Los miembros de un sindicato no constituido ni inscripto como sociedad anónima, son personal 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.º

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 874.—Merlin, *Rep. verb. renonciation*, § 3.



Cuando la renuncia es el resultado de un contrato, está sujeta a la aceptación que busca el concurso de las dos voluntades para quedar consumada; en esos casos *la renuncia puede ser retractada mientras que no hubiese sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace, salvo los derechos adquiridos por terceros, a consecuencia de la renuncia, desde el momento en que ella ha tenido lugar hasta el de su retractación (art. 875).*

En cuanto a la renuncia de derechos reales, hay algunos que no necesitan de la aceptación para surtir todos sus efectos, como se dijo en el art. 868.

✓ (Art. 875.) Cuando la renuncia ha sido tácita no hay necesidad de aceptación expresa; porque estando en presencia de un hecho realizado, no hay más aceptación que prevalecer del hecho mismo; pero sucede lo contrario cuando la renuncia es el resultado de una convención, ó cuando por la ley deba ser expresa; en ese caso mientras no haya sido aceptada puede retractarse, porque está en la categoría de un ofrecimiento que una de las partes hace a la otra en un contrato cualquiera, y que no tiene efecto sin la aceptación; falta el concurso de las dos voluntades para formarlo. Cuando en virtud de la renuncia los terceros hubieran adquirido derechos, la retractación no puede perjudicarles, porque al adquirirlos se puede decir que lo hicieron en virtud del hecho mismo; así, el curador de la herencia (que ha quedado vacante por la renuncia del heredero) ha realizado válidamente los actos, y el renunciante debe tomar la herencia como se encuentre al hacer la retractación, art. 3348. La renuncia expresa de una servidumbre, hecha en escritura pública, no necesita de aceptación, lo mismo que la renuncia de la hipoteca que se cancela en registro. — Comp. AUBRY y RAU, § 323 letra .1 al fin. LAROMBIÈRE, III, al art. 1282, y nuestro *Tratado de Contratos*, n° 63 y sig. Cód. Civ., arts. 761, 1150, 3047, 3193, 3348, 3350, 3351, 3806.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 875.—Aubry y Rau, lugar citado.

TÍTULO XXII

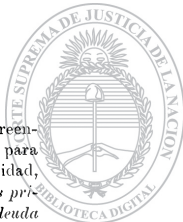
DE LA REMISIÓN DE LA DEUDA

§ 268. — MODOS DE HACERSE LA REMISIÓN

La remisión es una especie de renuncia aplicada á una acreencia; puede ser voluntaria ó forzada. Las reglas establecidas para la renuncia debían aplicarse á la remisión en su generalidad, pero el (art. 876) dice: *lo dispuesto en los cuatro artículos primeros del título anterior es aplicable á la remisión de la deuda hecha por el acreedor*, sin que se vea la razón porque no se aplicarían los demás; así, tratándose de la forma de la remisión, se aplicará el art. 873, porque puede hacerse expresa ó tácitamente, siempre que resulte la intención de remitir el crédito; por consiguiente, *habrá remisión de la deuda, cuando el acreedor en-*

(Art. 876.) Los autores tratan de la renuncia en general, separando la remisión que se refiere especialmente á la renuncia de las obligaciones, el Código ha seguido este método, y los principios generales que rigen la renuncia debían ser aplicados lógicamente á la remisión; sin embargo, el artículo sólo limita la aplicación á los cuatro primeros, y nos concretamos á ellos, observando la incongruencia. La remisión participa de los caracteres de la donación y debe ser aceptada para que sea irrevocable. Como convención, necesita el acuerdo de dos voluntades, y no está sujeta á las formalidades de los demás contratos, en lo que se relaciona con la aceptación. Cuando la remisión es forzosa, como sucede en el caso de concordato, se opera sin necesidad de aceptación y aun contra la voluntad del acreedor. La remisión puede hacerse expresa ó tácitamente. — Comp. COLMET DE SALTERRE, V, n° 230 *bis*. AUBRY y RAU, § 323, letra B, texto y nota 20. DURANTON, VII, n° 394.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 876.—Se trata sólo en este título de la renuncia de la deuda considerada como modo de extinción de las obligaciones unilaterales. Cuando se trate de las diferentes maneras como se disuelven los contratos, trataremos de la doble remisión á consecuencia de la cual se extinguen las obligaciones reciprocas que se derivan de los contratos bilaterales.



treque voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado (art. 877); siempre que la entrega del documento tuviere por objeto hacer remisión.

(Art. 877.) La renuncia por su generalidad comprende: la remisión, el destiempo, la transacción y el reconocimiento del derecho del adversario; se puede decir que la renuncia es el género, y la remisión la especie, y el Código se ha separado de la verdadera doctrina al limitar su aplicación a la remisión. La remisión produce los efectos del pago bajo las condiciones siguientes: *a)*, que sea hecha voluntariamente; *b)*, que se entregue el título original; *c)*, que la haga el acreedor; *d)*, que lo reciba el deudor ú otro en su nombre con su autorización.

a) No habría remisión si el acto no ha sido voluntario, como si el documento original le hubiere sido sustraído al acreedor, ó si el deudor ha entrado en posesión de él por pérdida, depósito ó de cualquier otra manera que no interviniera el consentimiento libre, como en los casos de error, dolo ó violencia, etc.

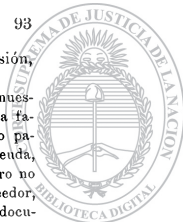
b) El título original puede ser un instrumento privado y lo será en la generalidad; pero también se comprenden los documentos auténticos, como en los casos del art. 979, n^{os} 5 á 9, que pueden entregarse los originales en que conste la acreencia. Si hubiere varios originales de la misma acreencia, como sucede en las letras, es necesario que se entreguen todos para que haya remisión. Tampoco se consideraría como remisión, si el título original se entregara habiendo sido reemplazado por otro, como en la novación; ó si fuera el original de un título confirmativo sin entregarse aquél.

c) El que entregue el título debe ser el acreedor ó cualquiera que tenga poder legal para hacerlo, pues, si fuera otro, no habría remisión; así un apoderado general, el marido ó el acreedor solidario, podrían válidamente hacer la entrega; pero no la mujer, ni el acreedor mancomunado, ni el que no tuviera poder para recibir pagos.

d) Debe hacerse la entrega del título al mismo deudor, porque si un tercero lo tuviera, la remisión no tendría efecto. La presunción pierde completamente su fuerza en este caso.

El Código se ha separado del Francés en la redacción del artículo siguiendo á Freitas, art. 1226. Según aquel Código la entrega del original del documento privado, demostraba la liberación del deudor, sea por remisión ó por pago, y se trataba de averiguar cuándo debía de





En otros casos la ley se ve obligada á presumir la remisión,

considerarse como pago y cuándo remisión. La redacción de nuestro artículo salva esa duda, colocando en la mano del deudor la facultad de alegar que tiene el documento en su poder por haberlo pagado. Basta, pues, la declaración para que se considere pagada la deuda, salvo la prueba contraria que puede ser dada por el acreedor; pero no creo como algunos que la *rotura* del documento en poder del acreedor, pueda establecer una presunción en favor de la remisión. Un documento roto, no queda anulado si puede presentarse de modo que sea reconocido en juicio, conservando las partes sustanciales que prueben la obligación, como cualquiera anotación que hiciera presumir la remisión. Se trata de una remisión tácita, y en el supuesto de la rotura, ó de una anotación del documento que permanece en poder del acreedor, no hay la concurrencia de las dos voluntades, cuando más se demostraría que el acreedor tuvo intención de remitir el crédito; pero que volvió sobre ella. El artículo sólo habla de la entrega del original, suponiendo un acto consumado de perfecto acuerdo. Es diferente en lo que se refiere al testamento ológrafo cancelado, de que habla el art. 3833, porque la destrucción hecha por el mismo testador hace suponer su voluntad de no tomarlo en cuenta; aquí la destrucción ó rotura del documento original no hace suponer sino una intención que no se ha cumplido. Si la destrucción fuera completa, no quedando constancia de la obligación, no habría en realidad remisión, sino imposibilidad de demostrar la obligación, si pasara de 200 pesos.

Si el deudor á quien se le ha entregado el título original de la deuda llegase á perderlo, ó le fuese sustraído de modo que el acreedor volviera á poseerlo, ¿podría demostrar estos hechos? La cuestión es sumamente delicada, y su aceptación podría conducirnos á probar por testigos la disolución de una obligación. Pero se trata de un hecho que no puede probarse generalmente sino de esta manera, pues la pérdida ó sustracción de un documento, no es un contrato, ni la extinción de una obligación, y su demostración no está sometida á las reglas de los contratos; hechos de esa naturaleza pueden demostrarse por testigos, aunque de su prueba resulten estos ó aquellos efectos. Está en el mismo caso el acreedor, que puede ser admitido á demostrar la sustracción.—LAROMBIERE, III, n° 13, al art. 1282. AUBRY y RAU, § 323, letra B, texto y nota 28. GUYEN, art. 1141, y FREITAS, art. 1226.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 877.—L. 9, Tit. 14, Part. 5ª.—L. 40, Tit. 13, Part. 5ª.—La L. 11, Tit. 19, Part. 3ª, parece no estar de acuerdo con las



porque se reputa el hecho como una manifestación clara de la voluntad; así dice el (art. 878) *siempre que el documento origi-*

(Art. 878.) En el caso del artículo anterior, la sola entrega del título producía la remisión de la deuda ó el pago de ella, si el deudor alegare haberla pagado; así la remisión es el efecto de un acto que puede atacarse, dejándola sin valor. En este artículo se trata del acto mismo autorizando al acreedor para demostrar que la entrega del documento no se ha hecho voluntariamente, ó que es el resultado de un abuso de confianza. Habrá casos en que el hecho sea puro y simple, como si alegare que el documento original fué perdido ó robado, bastará comprobar el hecho, para que la remisión no se presuma; pero cuando se refiera á la entrega voluntaria hecha á un tercero, ya sea á título de mandato ó de depósito, no será necesario probar la existencia de estos contratos para pedir su ejecución (lo que importa una acción completamente diferente), bastará demostrar que la entrega del documento no fué un acto personal y voluntario suyo, para destruir la presunción. El acreedor puede demostrar que la entrega del documento se hizo por error, dolo, violencia, pérdida, sustracción ó abuso de confianza. Al deudor le basta la posesión del título y tiene en su favor la presunción de la ley, que debe destruirse. Si el deudor fuera dependiente del acreedor, ó si la entrega se hubiera hecho en caso de incendio, p. e., la presunción debería perder su fuerza; pero la ley abraza hechos generales para establecer la presunción, dejando al criterio del juez la libertad de apreciar la prueba, porque en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho. Cuando el acreedor alegare haber entregado el documento al deudor á título de depósito, no debe ser admitido á probar este hecho por testigos, excepto en los arts. 1191 y 1192. La presunción de la ley no favorece al deudor, cuando la entrega del documento se hubiere hecho en el mismo acto del cobro; porque siendo la práctica en las casas de comercio, y sobre todo en los bancos, presentarlo primero para abonarlo después de revisado, la sola tenencia no presume el pago, si en el mismo acto se reclama, pudiendo comprobarse con testigos en ese mismo momento,

dos leyes citadas, pues que dice que si la carta se halla sana é íntegra en poder del deudor, le incumbe á éste probar que él (el acreedor) *ge la tornava queriéndole quitar la deuda*. Pero si se halla en poder del deudor rota ó chancelada, la ley presume la remisión, salvo al acreedor el derecho de probar lo contrario. — Sobre la remisión de la deuda véanse LL. 1 y 2, Tít. 14, Part. 5ª.; LL. 14 y 15, Tít. 43, Lib. 8, Cód. Rom. — Cód. Francés, art. 1282 — Sardo, 1375 — Napolitano, 1236.

nal de donde resulte la deuda, se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente. salvo el derecho de éste á probar lo contrario.

Cuando el documento donde constare la deuda estuviere protocolizado y su copia se encontrare en poder del deudor con la anotación de pago ó remisión firmada por el acreedor, se entenderá remitida la deuda, aunque el original no tenga anotación; del mismo modo, si el original tuviera la nota de remisión, la deuda se considerará extinguida, aunque la copia no la tuviera: por eso dice el (**art. 879**): *si el documento de la deuda fuere un do-*

ó demostrándolo de cualquier modo; pero si otro hubiere recibido el pago, el Banco no estaría obligado á volverlo á abonar. Es costumbre de llamar al que cobra por el nombre del firmante del documento, y éste debe señalar la cantidad cobrada, recibiendo el dinero: si el cobrador abandona su puesto y otro responde en su nombre recibéndolo, el Banco ha cumplido; sin embargo, son cuestiones de hecho.—Comp. POTHIER, *Obl.*, n° 609. DURANTON, XII, n° 363. COLMET DE SANTERRE, V, n° 231, *bis*, III. AUBRY y RAU, § 323, texto y notas 32 y 33. TOULLIER, VII, n° 324 y sig. y nuestros arts. 877 y 887.

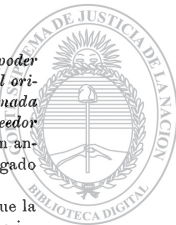
(**Art. 879.**) Se trata de la copia de documentos cuyos originales se encuentran en el registro de un escribano, sea por haberse hecho en escritura pública, ó si se hubieran protocolizado. La copia autorizada de estos documentos tiene la misma fuerza que el original, y por consiguiente está justificado el legislador al reglar esta situación.

Cuando un Código como el francés se ocupa de lo que importa la copia de un título semejante en poder del deudor, y cuando va hasta suponer la remisión de la deuda por la entrega voluntaria de ese título

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 878.—La resolución de este artículo ha sido una cuestión muy debatida entre los juriconsultos, pues observaban que el documento podía hallarse en poder del deudor, por ser este el enjero ó tenedor de los libros del acreedor, ó porque se hubiese depositado en alguna persona que lo hubiese entregado al deudor. Pothier, en el n° 572, rechaza toda distinción de las personas, y sostiene que la existencia del documento privado en poder del deudor, induce la presunción de habersele entregado voluntariamente por el acreedor, y que á éste incumbe la prueba de lo contrario.

En la necesidad de establecer una regla, la del artículo tiene por fundamento lo que regularmente sucede. Las consideraciones indicadas sobre la calidad de la persona del deudor, obrarán en la apreciación que haga el juez de las pruebas que pueda dar al acreedor.





cumento protocolizado, y su copia legalizada se hallare en poder del deudor sin anotación del pago ó remisión del crédito, y el original se hallase también sin anotación de pago ó remisión firmada por el acreedor, será á cargo del deudor probar que el acreedor se lo entregó por remisión de la deuda; tomándose como un antecedente de importancia, la posesión del documento entregado por el acreedor.

La remisión puede hacerse de cualquier modo, aunque la deuda conste en un documento público, y si no surte efecto inmediatamente, porque necesita de otro que tenga igual fuerza, bastará para obligarlo á que lo otorgue; por eso dice el **(art. 885)**:

lo, es porque alguna razón fundamental debía existir para apoyar esa presunción. Así dice Larombière (III, n° 1 al art. 1283): «que la entrega voluntaria de la copia autorizada del título, haga presumir la remisión de la deuda ó de pago, es muy natural. La copia autorizada, bien que ella no es el título mismo que prueba la acreencia, es por lo menos la pieza esencial por la que el título tiene fuerza ejecutoria, la pieza indispensable al acreedor para el ejercicio de sus derechos. Puede, sin duda, hacerse dar una segunda copia, pero es sólo mediante ciertas formalidades (entre nosotros sólo en caso de pérdida ó destrucción art. 1007); el que entrega voluntariamente la copia autorizada se conforma con que se presuma extinguida la deuda.» El Código Argentino, siguiendo la mejor doctrina, no acuerda presunción á la entrega sola de la copia, como lo hizo la comisión que propuso el art. 170 del proyecto del Cód. Francés siguiendo á Pothier y nuestro Código para mayor claridad le agregó: «sin anotación del pago ó remisión firmada por el acreedor.» Dos hipótesis pueden ocurrir: ó que la copia se entregó sin anotación alguna, pero se hizo y firmó por el acreedor, la anotación en el original, ó se entregó la copia firmada, sin hacerlo en el original; en ambas hipótesis el pago ó remisión se encontrará probado; pero como la entrega de la copia no establece presunción, cuando no hubiere anotaciones, deberá probar el deudor no solo la entrega voluntaria, sino que lo fué por remisión. Esta clase de hechos deben justificarse por cualquier género de pruebas.—Comp. LOCRE, XII, pág. 381, n° 154 y pág. 482, n° 43, LAROMBIÈRE, III, 482, n° 43 al art. 1283 y los autores citados en la nota anterior.

(Art. 885.) No se debe confundir la forma con la prueba, aunque algunas veces lleguen á ser lo mismo, como en los casos en que la for-

no hay forma especial para hacer la remisión expresa, aunque la deuda conste de un documento público.

§ 269.—EFECTOS DE LA REMISIÓN

La remisión de la deuda extingue la obligación con todos sus accesorios; así, *la remisión hecha al deudor principal, libra á los fiadores; pero la que se ha hecho al fiador, no aprovecha al deudor (art. 880)*, cuya deuda se considera que no ha sido afianzada.

ma sea la única manera de probar el acto. La remisión no tiene forma especial y puede hacerse tácitamente por la entrega del título ó por la ejecución del hecho, ó bajo forma privada, aunque sea de deuda constante en instrumento público, y una vez reconocidas ante el juez competente, producirán su efecto. Así, la renuncia de la hipoteca puede hacerse en documento privado, obligándose al renunciante á hacerlo público por la cancelación. Esto no importa decir, que se pueda demostrar por todo género de prueba, pues en esta parte, la demostración está sujeta á los demás contratos. Basta que la copia del documento protocolizado ó el original tengan la nota firmada por el acreedor de que ha remitido el crédito, para que ésta surta todos sus efectos.—Véase artículos 879 y 974.

(Art. 880.) La liberación que se produce por la remisión es irrevocable con relación á los fiadores, aunque después de aceptada el deudor la rechazara, de manera que pueden ser admitidos á probar que la liberación ha tenido lugar. El acreedor al hacer la remisión, no se reserva á derecho alguno contra los fiadores, pues como dicen Aubry y Rau, semejante reserva no puede hacerse, cuando el acreedor libera al deudor principal, porque resultaría que pagando el fiador, no tendría derecho para ir contra el verdadero deudor, quedando como principal obligado, lo que sería una injusticia. La fianza es una obligación accesoria que puede convertirse en principal, sólo cuando se trata de obligaciones naturales garantidas, en ese caso la remisión de la fianza dejaría al acreedor sin acción civil eficaz para perseguir el crédito, y si no se puede decir que la obligación principal se ha extinguido, porque no ha existido civilmente, la remisión de la fianza deja sin efecto la obligación afianzada. Cuando se trata de una obligación civilmente eficaz, la remisión de la fianza en nada altera la principal.





La remisión no puede hacerse á la sola persona del deudor, de modo que no se extienda á los herederos, porque entonces no sería sino espera, desde que podría ser cobrada á estos, por eso ha establecido el (art. 881) que *la remisión hecha*

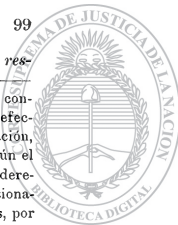
La remisión de la fianza tiene por objeto libertar al fiador de la responsabilidad, y no como algunos creen, que sea con el de traspasar el crédito contra el deudor: porque eso no sería remisión, sino cesión. Cuando se cede al fiador el crédito contra el deudor, la fianza se extingue por confusión y no es el caso del artículo. Se debe exceptuar la remisión forzosa en los casos de concordato, en que los fiadores responden por lo que no se pagare al acreedor.—Comp. Cód. Francés, art. 1287. AUBRY y RAU, § 323, texto y nota 23. LAROMBIÈRE, III, n° 1 al art. 1287. COLMET DE SANTERRE, V, n° 237, *bis*, II.

(Art. 881.) Respecto á la primera parte no puede haber dudas, tratándose entre un deudor y un acreedor, porque libertado aquél por la remisión le quedan igualmente sus herederos ó causa-habientes: pero la dificultad viene cuando hay varios deudores ó acreedores mancomunados ó solidarios.

En la solidaridad activa, cuando son varios acreedores y un solo deudor, la remisión hecha por uno de aquéllos liberta á este; si son varios deudores mancomunados sólo extingue la parte de la deuda de aquel á quien se hizo la remisión, porque son tantas las partes de la deuda como deudores. Los acreedores solidarios son uno solo para el efecto del cobro y del pago, y uno de ellos puede hacer remisión á cualquiera de los deudores extinguiendo la deuda.

Para reglar las relaciones de derecho entre los mismos deudores se debe atender á lo que hubieren pagado: porque es un principio establecido en la subrogación legal, de que el subrogado no puede cobrar más de lo desembolsado, á no ser en caso de cesión. Cuando la remisión ha tenido lugar por la entrega del título, si los acreedores son mancomunados, y el título existe en poder de uno de los deudores, los otros acreedores pueden ser admitidos á demostrar que ellos no han hecho remisión de su parte en el crédito; si no existiera el título, la remisión no tendría lugar, habría imposibilidad de probar la acreencia. Con relación á los deudores entre sí, si la remisión fué gratuita no podrán cobrar cosa alguna de sus co-deudores; si fué á título oneroso, sólo co-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 880.—L. 1, Tit. 14, Part. 5°.—L. 32, Tit. 14, Lib. 2, Dig.—L. 23, Tit. 14, Lib. 2, id.—Cód. Francés, art. 1287.—Sardo, 1378.—Holandés, 1478.—Napolitano, 1241.



al deudor, produce los mismos efectos jurídicos que el pago res-

brarán la parte proporcional de lo que hubieren pagado. Algunos confunden la remisión con la cesión de derechos, otros con el pago efectivo. Cuando se paga no hay remisión, hay extinción de la obligación, reglándose las relaciones de derecho entre los co-deudores según el título ó por una porción igual; cuando hay cesión se traspasa el derecho, y sólo hay extinción parcial, si uno de los deudores es el cesionario. La entrega del título á uno de los deudores mancomunados, por uno de los acreedores mancomunados, no hacen presumir sino la remisión de la parte que le corresponde; pero cuando fuese una donación ó legado hecho por el acreedor solidario á uno solo de los deudores, es necesario que así conste, para que tenga acción contra sus co-deudores. En el caso del art. 3784, el testador puede hacer remisión de su parte á uno de los deudores solidarios libertándolo de la obligación; entonces se podrá accionar contra los demás por toda la deuda, menos por la parte del deudor libertado.

La remisión gratuita importa una donación y puede revocarse por causa de ingratitud, estando sometida igualmente á la colación entre los co-herederos, á menos de haberse ordenado lo contrario en el título mismo de la donación, ó en el testamento, art. 3484, si estuviere dentro de la porción disponible. La remisión puede hacerse por testamento ó por carta; en este último caso se reputaría aceptada, si pasare el tiempo prefijado para rechazarla, en cuya hipótesis el silencio importa una aceptación. La remisión puede ser condicional, modificando la deuda en este sentido y sometiéndola á la misma condición. Se debe distinguir la remisión de la deuda, de la remisión de la solidaridad. Cuando se ha libertado á uno de los deudores solidarios, reservándose expresamente el derecho sobre los demás, la parte que debe deducirse del total de la deuda (salvo convenio en contra), será una porción viril é igual á la de los demás, suponiendo dividida la deuda en tantas partes, cuantos deudores hubiere, ó bien la parte real si fuese menor. Cuando la obligación fuera indivisible, la remisión hecha á uno de los deudores sin reserva de ninguna especie extinguiría la obligación; pero si el acreedor las ha hecho, la reducción se extendería á la indemnización.—Comp. DURANTON, XI, n° 224. TOULLIER, VII, n° 329. LAROMBIÈRE, III, al art. 1285. ZACHARIÆ, § 569, texto y nota 13. AUBRY y RAU, § 323, texto y nota 22. FREITAS, art. 1223, GOYENA, art. 1143.—Véase arts. 525, 811, 852 y 3784.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 881.—Véase Zachariæ, § 569.



perfora sus herederos, y á los co-deudores solidarios; porque una vez extinguida la deuda para uno, lo está para sus causa-habientes.

La remisión hecha á uno de los fiadores no aprovecha á los demás fiadores, sino en la medida de la parte que correspondía al fiador que hubiese obtenido la remisión (art. 882); disminuyendo su responsabilidad por esa parte; más si ha pagado un precio por libertarse de la fianza, no tendrá derecho contra el principal obligado que pagó toda la deuda; pero si contra su codiador por la parte que se ha disminuído y de que aprovechó.

En la remisión convencional, si el fiador hubiese pagado al acreedor una parte de la obligación para obtener su liberación, tal pago debe ser imputado sobre la deuda (art. 883, 1ª parte), porque

(Art. 882.) Los fiadores pueden ser solidarios ó simplemente mancomunados; en el primer caso la remisión hecha á uno de ellos libera á todos los demás, á menos de reserva expresa. Cuando la fianza es simple, la remisión á uno de los fiadores libera á los demás por la parte que le corresponde, porque estando obligado el acreedor á subrogar al fiador en sus derechos, es responsable de cualquiera alteración que disminuyera la deuda, y como no puede subrogarlo en la parte remitida, está obligado á deducirla; pero este beneficio se acuerda sólo á los que han afianzado á la misma persona, la misma deuda y en el mismo acto para responder juntamente. Cuando la fianza se hubiere dado separadamente ó por acto posterior, los autores opinan que la remisión hecha á este fiador no aprovecharía á los otros fiadores anteriores, « porque la fianza posterior no constituía para los otros fiadores, en el momento en que se han obligado, una garantía que debe serles conservada, desde que no existía, ellos no tenían que contar con la fianza », y esa es mi opinión.—Larombière, III, al art. 1287, n° 3. POTHIER, *Obl.*, n° 616 y sig. DURANTON, XII, n° 375. MARCADÉ, al art. 1287, n° 7. FREITAS, al art. 1223.— Véase arts. 674, 691, 2019, 2024, 2041.

(Art. 883.) El artículo decide la cuestión debatida entre los antiguos juriconsultos, como la resolvió el Código Francés en el art. 1288. Cuando el fiador pagara una cantidad para obtener su liberación, Dumoulin y Pothier opinaban que no sólo en el fuero de la concien-

la disminuye en esa parte, subrogándose en los derechos del acreedor; *pero si el acreedor hubiese hecho después remisión de la deuda, el fiador no puede repetir la parte que hubiese pagado* (art. 883, 2ª parte); lo que es una injusticia, porque el acreedor sólo ha remitido la parte que le era debida, y el fiador debía tener acción

cia sino en el exterior, era lícito exigir del deudor toda la acreencia, sin tener en cuenta lo abonado por el fiador, si había alguna justa causa de temer la insolvencia del deudor. El fiador compraba, por decirlo así, su liberación y el acreedor corría los riesgos de no ser pagado, y así como en el caso de insolvencia del deudor perdía la acreencia, de la misma manera debía de ser autorizado á retener lo recibido por el riesgo, aunque pudiera recibir el total de su deudor; Potbier, *Obl.*, n° 618, y esa opinión está fundada en los principios más estrictos de justicia, como lo demuestran Larombière, III, al art. 1288, n° 2, y Duranton, XII, n° 379; por eso debemos interpretar nuestra disposición de manera á respetar la libertad de las convenciones. Si el fiador ha entregado una cantidad para libertarse de la fianza, formando un contrato verdaderamente aleatorio, expresándose que es por los riesgos del acreedor, quien conservará lo pagado, aun cuando el deudor fuera solvente, la ley no puede impedir semejante contrato y debe respetarlo. La disposición del artículo se aplicará, pues, al caso en que nada se hubiere convenido. Las palabras «debe ser imputado sobre la deuda» no se tomarán en un sentido prohibitivo; porque cuando la ley lo hace, usa de expresiones más enérgicas; como no es permitido, es prohibido, es nulo, etc.; y nos autoriza á opinar así, la naturaleza del derecho particular que se puede renunciar. En efecto, es un contrato privado entre acreedor y fiador donde no interviene el deudor; no hay interés público comprometido, pues el acreedor renuncia á toda acción que pudiera ejercer contra el fiador. Las palabras del artículo autorizan esta interpretación, pues suponen que el fiador hubiere pagado al acreedor una parte de la obligación, en que sería justo reducir la acreencia por esa parte; pero en la hipótesis, suponemos no haber pagado parte de la obligación. Larombière admite la validez de la estipulación en que no tuviera efecto la liberación, cuando se imputara lo recibido por esa causa, haciéndose deducción de la deuda: estipulación que daría el resultado de asegurar siempre al acreedor, impidiéndole recibir más de lo debido. Pero sería fácil burlar esta prohibición, haciendo constar que el acreedor exime al fiador gratuitamente, ó sin determinar precio por la exoneración. De las discusiones del artículo del



para ir contra el principal obligado. Se comprendería la justicia del principio, si el fiador hubiera solo pagado por libertarse del riesgo, porque ha tratado sobre su propio interés.

Código Francés, resulta que se tuvo por objeto prohibir la estipulación contraria á la presunción del artículo.

Lo pagado por el fiador, debe imputarse sobre la deuda y aprovechar no sólo al deudor, sino á los demás fiadores, porque tiene por efecto el disminuirla hasta la cantidad pagada. En este caso, el fiador conserva su recurso contra el deudor principal, subrogándose por esa parte en los derechos del acreedor, y por la suya contra los demás co-fiadores. Cuando el co-fiador hubiere pagado otra cosa por liberarse de la caución, se pueden presentar dos hipótesis: ó se debía dinero y se ha entregado otra cosa, ó se debían cosas y se ha entregado dinero. En la primera, se debe estimar el valor de la cosa para deducirla de la deuda; en la segunda, por el contrario, el deudor ó los co-fiadores pueden entregar las cosas debidas como si nada se hubiere pagado al acreedor, exigiendo el fiador la devolución del dinero recibido, cuando de la naturaleza de la obligación resultare que ésta es indivisible.—Comp. COLMET DE SANTERRE, V, n° 238, *bis*. TOULLIER, VII, n° 332.

La segunda parte del artículo ordena, que si después de haber pagado el fiador parte de la deuda por libertarse de la fianza, el acreedor la remitiera, el fiador no tendría derecho para repetir de él lo pagado; esto no ofrece duda, cuando se trata de la remisión gratuita, porque se supone que el acreedor se ha contentado con lo recibido, y como el fiador al pagar su liberación no tenía otro objeto que salvarse del peligro de satisfacer la deuda en su totalidad, lo ha conseguido; sin embargo, algunos opinan que no pudiendo reclamar del acreedor, puede hacerlo del deudor principal liberado por la remisión.

Aceptamos el principio, cuando nada se hubiera convenido, pero dejando libertad para disponer lo contrario. Cuando la remisión no ha sido gratuita, habiéndose pagado un precio ó entregádose una cosa, deben computarse ambos pagos, y si resulta que el acreedor ha recibido más de lo debido debe devolverlo, y si fué el total, no habría remisión, sino pago, y el fiador se subrogaría por lo que hubiera pagado para repetirlo contra el deudor. La ley no permite que el acreedor reciba más de lo que le es debido, y en caso de pago, se computa lo entregado por el fiador. Cuando la deuda fuere de cien, y el acreedor hubiera recibido cincuenta del fiador, por libertarse de la fianza, si





La remisión por entrega del documento original, en relación a los fiadores, co-acreedores solidarios ó deudores solidarios, produce los mismos efectos que la remisión expresa (art. 884), extin-

rece sesenta del deudor principal haciéndole remisión de los cuarenta restantes, debe devolver los diez de exceso: si recibe cuarenta, no ha remitido sino diez; pero el fiador lo subroga por los cincuenta que pagó; subrogación que también tiene lugar cuando se ha remitido gratuitamente toda la deuda, sin haberse estipulado la liberación de la fianza de una manera aleatoria.—Comp. ALBRY y RAU, § 823, texto letra B á la nota 24 y los demás autores citados en esta nota.

(Art. 884.) Hay un grande interés entre los fiadores ó co-deudores que han recibido el título original de la deuda en rechazar la remisión, alegando el pago, y la presunción del art. 877, debe favorecerles, si dijieran haberla pagado, á fin de subrogarse en los derechos del acreedor. Estudiemos las diversas hipótesis. En la remisión por entrega del título á los fiadores, si ha sido gratuita, causa la liberación del deudor principal y de los co-fiadores, si el acreedor no la hubiera limitado, cedido ó donado al fiador para ejercer sus derechos, en caso contrario, si la hiciere efectiva entre sus co-fiadores, sería deduciendo su parte. Pero el fiador puede rechazar la remisión alegando haber pagado la deuda, y reclamar su pago del deudor ó de sus co-fiadores, en cuyo caso el acreedor ó los co-fiadores deberán demostrar lo contrario. Cada uno de los co-fiadores puede oponer al acreedor la remisión de la deuda. Si hay varios fiadores y cada uno se ha obligado por un tanto, lo que puede suceder, cuando el fiador único ha dejado varios herederos, la posesión del título no lo autoriza á cobrar del deudor principal la totalidad de la deuda, sino la parte porque se obligó, y queda á su cargo demostrar que ejerce su acción por haber pagado la deuda, ó como cesionario, ó gestor de negocios.

La remisión por entrega del título que hace uno de los acreedores solidarios, surte los efectos de pago, como se dijo en el art. 708, y sus relaciones de derecho se regirán por el art. 717.

Cuando la entrega del título se hubiera hecho á uno de los deudores solidarios, puede ser opuesta por los otros, porque habiendo tantas deudas como deudores, una vez que se ha extinguido una, los demás aprovechan reglándose sus derechos por el art. 717. Cuando la remisión ha sido gratuita, sin reserva alguna especial en favor del co-deudor libertado, no podrá accionar contra sus co-deudores por la parte que

guiendo la deuda, y si alguno de ellos hubiera pagado alguna cosa por la remisión, se atenderá á la disposición en el artículo anterior.

Así como se puede remitir la fianza, sin que la obligación principal se altere, también pueden remitirse las otras garantías; y *la devolución voluntaria que hiciere el acreedor de la cosa recibida en prenda, causa sólo la remisión del derecho de prenda, pero no la remisión de la deuda (art. 886)*; pero si hubiere sido en-

les corresponde en la deuda: pero podrá alegar que la ha pagado rechazando la remisión, en cuya hipótesis los co-deudores deben demostrar que ha habido remisión. Cuando los deudores eran simplemente mancomunados, la remisión por entrega del título á uno de ellos, no hace suponer sino la remisión de su parte en la deuda. Si la remisión gratuita se hizo para que el co-deudor cobrase á los demás su parte, no podrán negarse á pagar la que les correspondiese.

Cuando el título se encontrase en poder de una persona extraña, esto no importa por sí solo una presunción de pago, á menos de ser al portador, y será cuestión de hecho la de demostrar el tenedor que ha pagado la deuda y se ha subrogado en los derechos del acreedor, art. 769, ó de haberla pagado contra la voluntad del dendor, en cuya hipótesis sólo le puede cobrar aquello en que el pago le fué útil, art. 728.

La remisión en las diversas hipótesis examinadas, se funda en una presunción que puede desvanecerse por la prueba contraria; pero mientras eso no sucede, produce el efecto de la remisión expresa — AUBRY y RAU, § 323, texto y nota 31. COLMET DE SANTERRE, V, n° 233 *bis*. V. LAROMBIÈRE, III, al art. 1284. TOULIER, VII, n° 329.

(**Art. 886.**) La prenda es una garantía de la obligación, una fianza que confiere acción real, y como la remisión de la fianza no hace presumir la de la obligación principal, del mismo modo en nada se altera la obligación, porque la prenda haya sido remitida. Pero si no hace presumir la remisión de la deuda, no por eso dejaría de tomarse en cuenta, cuando se tratase de demostrar la remisión de la obligación principal. Es necesario armonizar este artículo con el 3782.

Cuando la deuda no constase de documento alguno, la remisión de la prenda privaría al acreedor de la única prueba que tenía para demostrar la obligación, y en el caso del legado de ella al deudor, debe suponerse con razón que el testador ha querido remitir la obligación principal, quitando á sus herederos el único medio de probarla. Es una



tregada á un tercero con el objeto de devolverla á su dueño, puede reclamarla, mientras el deudor no hubiera dispuesto de ella.

La ley establece presunciones en favor de la prenda, *y la existencia de ésta en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor á probar lo contrario (art. 887).*

situación especial, y no debería aplicarse á los demás actos entre vivos.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1286. GOYENA, art. 1144. LAROMBIERE, III, al art. 1286, y l. 1. 3, tit. 14, lib. 2 y l. § 1, tit. 3, lib. 36, Dig.

(**Art. 887.**) Se debe suponer el hecho ordinario, y así como en las cosas muebles la posesión equivale al título, del mismo modo, la prenda en poder del deudor hace suponer que la ha obtenido legalmente, presunción que puede hacerse desaparecer por la prueba contraria: la presunción con relación á la remisión del derecho de prenda es semejante á la establecida en el art. 878, tratándose de la posesión del documento original donde consta la obligación.—Véase l. 9, tit. 26, lib. 8, Cód. ROMANO.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 887. — Véase L. 40, Tit. 13, Part. 5ª. — L. 9 Tit. 26, Lib. 8, Cód. Rom.—L. 3, Tit. 14, Lib. 2, Dig.—Cód. Francés, art. 1286.—Sardo 1377.—Holandés. 1477.—Napolitano 1240.



TÍTULO XXIII

DE LA IMPOSIBILIDAD DEL PAGO



§ 270.—DE LO QUE SE ENTIENDE POR IMPOSIBILIDAD DEL PAGO

El pago es el cumplimiento exacto de la prestación ofrecida, y cuando esa prestación *viene á ser física ó legalmente imposible sin culpa del deudor, la obligación se extingue (art. 888)*; porque no hay materia ú objeto. Nadie puede estar obligado á hacer lo imposible, ni puede responder de acontecimientos que no están en su mano evitar.

La forma más común de disolverse la obligación por im-

(**Art. 888.**) FREITAS, art. 1213 trae la imposibilidad del pago como uno de los medios de resolverse las obligaciones, en la misma categoría que la renuncia, la remisión, la prescripción, la condición, ó plazo resolutorio, formando un solo capítulo, porque son modos de extinción. La imposibilidad absoluta de cumplir una obligación, es una causa de extinción que abraza todas las obligaciones.

La imposibilidad física puede producirse por la pérdida de la cosa, arts. 556 y 588, en que la obligación se resuelve en daños y perjuicios si ocurrió por culpa del deudor, ó queda disuelta si no hubo culpa. Las obligaciones de hacer ó no hacer se resuelven, si la ejecución se hace imposible sin culpa del deudor, ó se transforma en daños y perjuicios en caso contrario. La imposibilidad puede ser legal, cuando la cosa objeto de la obligación ha salido del comercio por una ley especial ó general, lo que puede suceder cuando se declara de utilidad pública ó su enajenación se prohíbe, en los casos de estancos de una especie de mercaderías (que no sería constitucional), ó cuando la tierra fuera ocupada por aguas del dominio público, en que viene á quedar fuera del comercio, ó si se tratare de derechos enfiteúticos, de superficie, de la división horizontal de los edificios ó de la no enajenación de un inmueble, ó de cosas cuya venta fuera prohibida por nociva á la salud pública. En cuanto á las responsabilidades del deudor en todos estos casos, nos referimos á las notas de los arts. 537, 556, 578, 627, 632, 642 y 895.—Comp. COLMET DE SANTERRE, V, n° 256 *bis*, I, II, III. TOULIER, VII, n° 462. AUBRY y RAU, § 331, texto en la nota 1.



sibilidad física, es la extinción ó pérdida de la cosa; pero puede ocurrir igualmente, cuando la prestación ha sido legalmente prohibida. Si una ley ha sacado del comercio la cosa objeto de la obligación, ó si una ordenanza municipal ha prohibido un acto, la obligación se extingue; así, *la cosa que debía darse, sólo se entenderá perdida en el caso que se haya destruido completamente ó que se haya puesto fuera del comercio, ó que haya desaparecido de un modo que no se sepa de su existencia (art. 891)*, y cuando la destrucción ó pérdida hubiera ocurrido sin culpa del deudor, la obligación quedará disuelta; pero si fué parcial,

Freitas, art. 1231 reputa perdida la cosa, cuando se ha destruido completamente, si hubiere salido del comercio, ó si desapareciese de modo que no se sepa de su existencia.

(**Art. 891.**) Para que la obligación se extinga, la cosa debe desaparecer en su totalidad, sea por destrucción ó por ignorancia de su existencia; si la destrucción fué parcial, puede tomar la parte que ha quedado con la indemnización de los daños y perjuicios; en este caso nos referimos á lo expuesto en los arts. 580, 581, 584 y 585 de las obligaciones de dar. La obligación se extingue por la destrucción parcial sin culpa, pues el acreedor no puede disolver la obligación sin daños y perjuicios si no prefiere recibir la parte que ha quedado con disminución del precio.—Véase AUBRY y RAU, § 331, nota 4, y FREITAS, art. 1231.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 888.—La ley Romana dice: "*obligatio quam vis initio recte constituta, estinguitur, si incenderit in eum casum a quo incipere non poterat*", L. 140, Dig. De Verb. Oblig. Instit. Lib. 3. Tit. 20, § 2, y nota al art. 578, referente á la extinción de la obligación, cuando un cosa objeto de ella se pierde sin culpa del deudor.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 888.—Después del laudo arbitral dictado por la Suprema Corte en virtud del compromiso celebrado en 5 de mayo de 1881 entre las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, éstas no han podido vender válidamente los terrenos enajenados legítimamente antes del compromiso, por las provincias que no resultaron adjudicatarias de ellos, en virtud del art. 6 del citado compromiso arbitral. La mensura mandada hacer á consecuencia de la venta que de tales terrenos hubiese hecho después del laudo por la provincia adjudicataria, no puede comprenderlos.—XXXI, 347.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 891.—Aubry y Rau, § 331, nota 4.

el acreedor tendrá derecho á tomar lo que quedase con la disminución proporcional del precio, ó disolver la obligación.

§ 271.—DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

El deudor es responsable de los daños y perjuicios por la falta de cumplimiento en los casos siguientes:

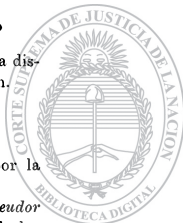
a) *Si la prestación se hace imposible por culpa del deudor (art. 889, 1ª parte)*, porque entonces se resuelve en la de los perjuicios ocasionados.

b) *Si el deudor se hubiese hecho responsable de los casos fortuitos ó de fuerza mayor, sea en virtud de una cláusula que lo cargue con los peligros que por ellos vengan, ó sea por haberse constitui-*

(Art. 889.) Este título es una especie de síntesis de las diversas disposiciones contenidas en el Código, relativas á la resolución de las obligaciones por causa de imposibilidad. Puede ser criticado como una repetición; pero es de una utilidad indudable, y responde á la idea de contener todo lo referente á la manera de extinguir las obligaciones. Debe hacerse diferencia entre el hecho inocente ó culpable del deudor. Pothier (*Obl.* n.º 661), dice: «para que la destrucción de la cosa debida extinga la deuda, es necesario también que ella suceda sin el hecho ni la falta del deudor, y antes que se haya constituido en mora»; pero la teoría de nuestro Código sólo exige la culpa que puede ó no existir independiente del hecho del deudor. Así, cuando el deudor creyendo deber una cosa enajenada, destruye la otra que era realmente la debida, puede no tener culpa, por eso no lo exime de la responsabilidad por los daños y perjuicios.

Cuando la obligación se hace imposible por culpa del deudor, se resuelve en daños y perjuicios, lo que en realidad no es una causa de extinción como el pago, sino de transformación de la obligación, como la novación. Cuando el deudor tomó sobre sí el caso fortuito ó fuerza mayor, ó éste provino estando constituido en mora, que no fuera por caso fortuito, la obligación tampoco se extingue, se transforma en la de pagar daños y perjuicios, refiriéndome á lo dicho en la nota 513.—Comp. ARBRY y RAU, § 331 texto, part. 1ª.—Véase art. 513 y demás indicado en la nota anterior.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 889.—Véase e. art. 513 y las leyes citadas en la nota.



do en mora, la obligación primitiva, sea de dar ó de hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses (art. 889, 2ª parte).

c) Cuando la prestación consiste en la entrega de una cosa cierta, la obligación se extingue por la pérdida de ella, y sólo se convierte en la de satisfacer daños é intereses en los casos del art. 889 (art. 890).

La regla general es la disolución de la obligación, por la imposibilidad de entregar la cosa, y sólo en los casos excepcionales de culpa, mora, etc., se convierte en la de pagar daños y perjuicios.

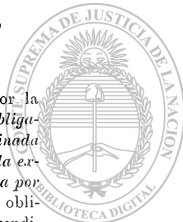
El deudor cuando no es responsable de los casos fortuitos sino constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños é intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar á consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor (art. 892); salvo el derecho de éste para demostrar lo contrario, ya porque hubiera tenido que enviarla á otro lugar ó por cualquier circunstancia.

(**Art. 890.**) Cuando se trata de obligaciones de dar cosas ciertas se aplica la disposición del art. 578 y su nota; si la obligación es bajo condición resolutoria, la del art. 556; si es de hacer la de el art. 627; si de no hacer, la del art. 632; si alternativa, la del art. 642, y en general domina la materia como regla de legislación civil, el art. 513 aplicable á todas las obligaciones.—Véase AUBRY Y RAU, § 331, texto n° 1.

(**Art. 892.**) Es el caso del art. 513 en su última parte. La mora hace responsable al deudor del caso fortuito; este es el principio general; pero como no sería justo hacerle responsable en ciertos casos, la ley hace una excepción, cuando demostrase que la cosa hubiera perecido aun en poder del acreedor, como en el de una inundación, terremoto, etc.; son cuestiones de hecho que deben resolverse según cada caso especial, porque no bastará demostrar, p. e., que si la cosa hubiere estado en poder del acreedor habría también perecido; porque éste podría probar á su vez, que estaba pronto ó tenía la obligación de enviarla á otro lugar, donde el hecho no ha ocurrido.—Véase nuestra nota al art. 513 y 1850. FREITAS, art. 1229.

Nota del Dr. Fdez Sarsfield al art. 892.—Véase la nota al art. 789.





§ 272.—DE LA ENTREGA DE COSAS INCIERTAS

La obligación de entregar cosas ciertas se extingue por la pérdida de la cosa sin culpa del deudor; pero *cuando la obligación tenga por objeto la entrega de una cosa incierta, determinada entre un número de cosas ciertas de la misma especie, queda extinguida si se perdiesen todas las cosas comprendidas en ella por un caso fortuito ó de fuerza mayor (art. 893)*; porque es obligación de género limitado, y pereciendo todas las comprendidas en el género, no hay obligación; si por el contrario, *la obligación fuese de entregar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie (y cantidad), el pago nunca se juzgará imposible, y la obligación se resolverá siempre en indemnización de pérdidas é intereses (art. 894)*: porque el género ilimitado

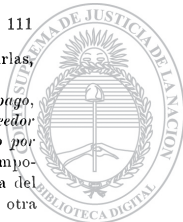
(**Art. 893.**) Se trata de la pérdida de cosas indeterminadas entre un número de cosas ciertas, como tantas ovejas de tal majada, tantos carruajes de los que están en la cochería tal; la indeterminación está limitada, y aunque las cosas no lo estén en su individualidad propia, si todas las comprendidas en la determinación se perdieron por caso fortuito, la obligación quedaría resuelta: pero no así cuando quedasen algunas. Es el caso del art. 603 y 2389 y sus notas.—Véase FREITAS, art. 1232.

(**Art. 894.**) Esta disposición no se encuentra bien en el título de la imposibilidad del pago, sino en las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, y es una repetición del art. 605. Notamos en las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, que las cosas debían estar determinadas por su especie y cantidad, no por una ú otra, como impropiamente se dice; ahora este artículo suprime la cantidad que es de absoluta necesidad para su determinación. La obligación de entregar caballos ó vacas no es válida porque falta la cantidad, y la exactitud de nuestra observación se comprueba por la cita de la nota misma en que Pothier, *Obl.*, n° 658, hace la misma observación y en cuya autoridad nos apoyamos.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 893.—Véase Aubry y Rau, § 331.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 894.—Pothier, *Oblig.*, n° 658.—Toullier, VII, n° 413.—Duranton, XII, n° 490.

Faltos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 894.*—La obligación de entregar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie, no puede extin-



jamás perece; así, el que debe cien vacas tendrá que entregarlas, aunque todas las de la región hubieran muerto.

Cuando la obligación se extingue por imposibilidad del pago, se extingue no sólo para el deudor, sino también para el acreedor á quien el deudor debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida (art. 895), cuando la imposibilidad ha sido inculpada. pues si proviniera de culpa del deudor ó del acreedor, la obligación se transformaría en otra de pagar los daños y perjuicios.

(**Art. 895.**) La obligación se extingue con todos sus accesorios, cuando hubiere imposibilidad de cumplirla si hay un solo deudor, no cuando fuesen varios. Si la obligación es mancomunada y fuera imposible para uno, los demás deberán cumplirla por su parte: si eran solidarios, la imposibilidad del uno no libera á los demás: si la prestación era indivisible, la obligación quedaría disuelta, si uno de ellos hubiera recibido el precio de la prestación que ha venido hacerse imposible, lo devolverá sin interés. lo mismo que las cosas recibidas sin los frutos percibidos. La hipótesis de este artículo abraza lo dispuesto en el art. 709, cuando la cosa ha perecido sin culpa del deudor: pero entonces la obligación se disuelve tanto para los acreedores solidarios como para los deudores, mientras las demás imposibilidades pueden ser con relación á uno solo de los deudores y no respecto de los otros. Así, cuando dos pintores se han obligado solidariamente á hacerme un cuadro, si uno perdiese la vista ó fuere incapaz de otra manera, el otro cumpliría la obligación. Cuando ésta viene hacerse imposible, ¿cómo deben hacerse las restituciones? Se regirán por las leyes que gobiernan las obligaciones condicionales; pero reconociendo la buena fe de la posesión en las cosas entregadas, deberá restituirlas con los aumentos que hubiere tenido por sí; pero sin los frutos percibidos. como sucede en la condición resolutoria, — Comp. arts. 548, 557, 578, 627, 642 647, 889.

guirse por imposibilidad de pago, y se resuelve siempre en indemnización de pérdidas é intereses.—T. 56, p. 265.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 895.—Por el Derecho Romano y por el Derecho de las Partidas, cuando el pago se hacía imposible por pérdida de la cosa sin culpa del deudor. la obligación se extinguía sólo para el deudor, quedando el acreedor obligado. Así, cuando la cosa comprada, hallándose aún en poder del vendedor se perdía por un caso fortuito, no perecía para su dueño sino para el comprador, el cual debía pagar el precio. La razón era que las cosas

SECCIÓN SEGUNDA

De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia ó extinción de los derechos y obligaciones ^(*)

TÍTULO I

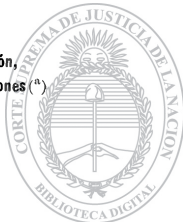
DE LOS HECHOS

§ 273.—DE LO QUE SE ENTIENDE POR HECHOS

Los hechos en general, son los acontecimientos humanos que modifican ó alteran una situación cualquiera del ser racional; así el nacimiento y la muerte son hechos; pero *los hechos de que*

perecen para sus dueños, cuando son acreedores de las mismas cosas; pero no cuando son deudores, pues el deudor de cosa cierta se libra de la obligación de entregarla si la cosa perece sin su culpa. Nosotros hemos combatido estas falsas teorías en la nota al art. 578.

(*) *Nota del Dr. Velez Sarsfield al Título 1º de la Sección segunda.*—En esta sección se verán generalizados los más importantes principios del derecho, cuya aplicación parecía limitada á determinados actos jurídicos. La jurisprudencia, en mil casos, deducía sus razones de lo dispuesto respecto de actos que, en verdad, no eran siempre semejantes. Si el vicio, por ejemplo, de violencia ó intimidación debía anular los contratos. ¿por qué no anularía también el reconocimiento de un hijo natural, la aceptación de una letra, la entrega al deudor del título del crédito, etc., etc.? ¿Por qué no diríamos en general que los actos que crean ó extinguen obligaciones, se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, generalizando así los principios y generalizando también su aplicación? Mil veces nuestras leyes se ven en la necesidad de repetir que el incapaz de derecho no puede hacer determinados contratos, y mil veces guardan silencio respecto á los incapaces tratándose de actos que hacen nacer obligaciones iguales á las que nacen de los contratos. Todos los Códigos publicados, con excepción del de Prusia, dice Freitas, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias de aplicación general á casi todos los asuntos del Código Civil, del Código de Comercio ó del Código de Procedimientos, como si fuesen exclusivamente aplicables á los contratos y testamentos. Con este sistema han embarazado el exacto conocimiento del derecho privado, aislando fenómenos que son efectos de la misma causa, y haciendo de esta manera que muchas especies escapen á la influencia de los principios



se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia ó extinción de los derechos ú obligaciones (art. 896), y

(Art. 896.) Se llaman hechos jurídicos á los acontecimientos en virtud de los cuales nacen ó terminan las relaciones de derecho, y por su generalidad abrazan todos los hechos producidos por el hombre y que entrañan un cambio en los derechos de los particulares. El aluvión ó la avulsión, p. e., son hechos de la naturaleza que cambian el dere-

que debían dirigirlos. Tratándose de cualquier acto voluntario, tratándose de actos jurídicos que no son contratos ó testamentos, como las relaciones de familia, ó como los actos de procedimientos en los juicios, á los menos versados, repugna aplicar disposiciones legislativas sobre contratos y testamentos, que fuesen establecidas para aquellas dos clases de actos jurídicos. Este régimen que desliga todas las clases de los actos que crean ó extinguen obligaciones, queda siempre incompleto en los Códigos, por mayor que sea el número de las repeticiones y referencias.

Esas disposiciones susceptibles de una aplicación común, que en todos los Códigos han sido particularizadas á los contratos y testamentos, son las que ahora en su carácter propio, se han reunido en esta sección.

Respecto á la materia objeto de esta sección, podemos decir con Ortolan, que *hecho*, que por su etimología supondría una acción del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en un sentido más amplio, como designando un suceso cualquiera que ocurra en el mundo de nuestras percepciones. En esta significación es usada esta palabra por los juriconsultos romanos en todo el Título de *Juris et acti ignorantia*.

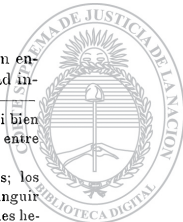
El hecho puede producirse, ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, y á la que éste no haya podido ni auxiliar ni poner obstáculo, ya con participación directa ó indirecta del hombre, y ya finalmente por efecto inmediato de su voluntad.

Se aplica también la idea y el nombre de *hecho* á lo que no es más que la negación del mismo. El caso en que tal acontecimiento no se verifique, la omisión ó negativa del hombre á hacer tal cosa, es lo que vulgarmente se dice un hecho negativo.

Por último, de la misma manera que el derecho, por su poder de abstracción, crea personas y cosas que no existen en la naturaleza, así á veces llega hasta crear hechos imaginarios que no tienen realidad ninguna, y obran como si hubieran existido: por ejemplo, la muerte de un ausente después de los años que fija á la ausencia para crear la presunción de fallecimiento; el domicilio del menor, que la ley declara ser la casa de sus padres, aunque esté á largas distancias de ésta.

Los hechos pueden recaer sobre el hombre mismo, tales son, por ejemplo, su nacimiento, de donde procede un hecho de filiación para uno, de paternidad ú origen común para otros; su matrimonio, la unión legal ó ilegal de un sexo con otro, y por último, su muerte.

O sobre las cosas, como, por ejemplo, su creación ó composición, el embelle-



en este sentido el Código legisla sobre los hechos que crean entre las personas relaciones de derecho, y donde la voluntad in-

cho y se diferencian de los actos libres humanos, en que aquéllos si bien hacen nacer ó extinguir un derecho, no crean relación jurídica entre las personas.

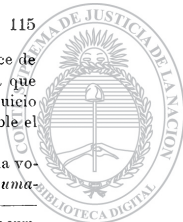
Los hechos humanos pueden ser voluntarios ó involuntarios; los primeros, si tienen por objeto crear, modificar, transferir ó extinguir derechos, se denominan actos jurídicos; si no lo tienen, son simples hechos jurídicos. El hecho del ladrón es un acto libre; pero su objeto no es crear una relación de derecho con el robado, y por consiguiente, no es un acto jurídico. El cazador que persigue la caza por placer, produce un acto voluntario, su objeto es adquirir la propiedad de lo cazado; pero no es un acto jurídico en la verdadera extensión de la palabra. Los actos involuntarios son hechos jurídicos cuando hacen nacer, modificar ó extinguir derechos; pero se diferencian en que como manifestaciones de la voluntad tienen expresamente ese objeto. Los hechos son considerados en este título, no como el objeto de los derechos, sino como la causa productora de ellos; son hechos que engendran ó extinguen derechos. Así, el hecho del nacimiento crea las relaciones de familia, como los actos del procedimiento en los juicios, son meros hechos jurídicos que no se pueden considerar como actos humanos destinados á crear relaciones de derecho. Una sentencia no hace nacer un derecho, lo declara y reconoce sin aumentar ni quitar el valor del derecho reconocido; de ahí es que no se puede considerar como un acto productor de derechos, porque éstos existían y el procedimiento sólo los ha reconocido. Los actos de los funcionarios judiciales en los procesos, son meros procedimientos con el objeto único de hacer

cimiento de ellas, sus mejoras, deterioros, transformaciones, sustracciones, pérdidas ó destrucción.

O, en fin, sobre uno y otro objeto combinados, considerando las relaciones del hombre con las cosas, como la ocupación, toma ó pérdida de la posesión de una cosa por el hombre.

La función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona á otra, si se extinguen, es siempre á consecuencia ó por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Hay ciertos hechos que tienen especialmente el objeto de establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir ó aniquilar derechos, tales como los contratos, los actos de última voluntad, etc. Estos son hechos que designamos bajo la calificación general de *actos jurídicos*.



terviene como un factor necesario. Cuando el agente carece de voluntad, la relación de derecho se forma con la persona que responde de las acciones de ese individuo, como el perjuicio causado por un menor de diez años, de que es responsable el padre ó tutor.

Para que el hecho sea susceptible de crear un derecho, la voluntad debe intervenir, y por eso la ley divide *los hechos huma-*

declaraciones de derechos controvertidos, ó de ejecutarlos ó hacer cumplir las obligaciones. Savigny, II, § 104, dice: « En los actos libres, la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad:

a) Puede tener por objeto inmediato formar ó destruir la relación de derecho, aun cuando sea sólo un medio de conseguir un fin jurídico, y entonces toma el nombre de manifestación de voluntad.

b) Puede tener por objeto un fin no jurídico, de modo que los efectos jurídicos aparezcan á la conciencia como subordinados (como en el caso del cazador), ó no aparezcan en absoluto (como en el del robo).

c) Como expresión de una voluntad única (en los testamentos, p. e.), ó en el concurso de dos ó más voluntades, p. e., en los contratos.» — Véase FREITAS, art. 431 y la interesante nota.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 896.—No se trata de los hechos como objeto de derecho, sino únicamente como causa productora de derechos. El hecho del hombre puede ser considerado bajo dos relaciones: 1ª, como objeto de un derecho, p. e., cuando alguno debe hacer algo en nuestro favor, como la entrega de un cosa, la ejecución ó abstención de alguna acción, materia que ya hemos tratado; 2ª, como fuente de un derecho. Así, cuando alguno vende y me entregasu cosa, el hecho de la venta seguido de la tradición, tiene por efecto darme la propiedad de la cosa. O bien alguno destruye una cosa mía, y de este hecho me resulta el derecho de demandar la reparación del perjuicio que tal hecho me ha causado.—Véase Maynz, I, § 119.

Los hechos como objetos de derechos y de los actos jurídicos, son siempre actos humanos, positivos ó negativos, acciones ú omisiones. Los hechos, causa productiva de derechos, pueden ser actos humanos ó actos externos, en que la voluntad no tenga parte. Los hechos humanos, no son los únicos generadores ó destructores de derechos, pues que hay numerosos é importantes derechos que se adquieren ó se pierden, sólo por el mero efecto de otros hechos, que no son acciones ú omisiones voluntarias ó involuntarias, que llamamos *hechos externos*, y que podían llamarse hechos *accidentales*, ó hechos de la naturaleza, como son los terremotos, tempestades, etc., que hacen perder muchas veces los derechos constituidos por obligaciones ó contratos, ó como son los que hacen adquirir derechos, tales como las accesiones naturales, la sucesión *ab intestato*, cuya causa productiva de derechos, es el hecho del fallecimiento de la persona á que se sucede, ó como son también los derechos que se derivan del nacimiento.

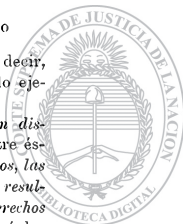
nos en voluntarios ó involuntarios (art. 897, 1ª parte); es decir, que en estos no ha existido la intención de dañar, siendo ejecutados con libertad y discernimiento.

Los hechos se juzgan voluntarios, sin son ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897, 2ª parte); entre éstos, hay hechos voluntarios lícitos ó ilícitos. Son actos lícitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación ó extinción de derechos (art. 898), é ilícitos, cuando son contrarios á la ley ó á las buenas costumbres.

Los actos voluntarios extienden el radio de su acción á todo lo que no estuviere prohibido, como el asociarse con fines cien-

(**Art. 897.**) Todo acto humano es voluntario ó involuntario; entre estos últimos se deben clasificar los que están sujetos á las leyes de la naturaleza, por los cuales somos forzados, p. e., el nacimiento y la muerte en que nuestra voluntad no interviene, así como aquellos en que por nuestra imprevisión causamos un daño á otro, sin tener la intención. Para que el acto se juzgue voluntario es necesario de dos elementos: el material que se traduce en un acto externo por el cual se manifiesta la voluntad, y el elemento que podemos llamar moral, cuando el agente es capaz de discernimiento, teniendo la inteligencia bastante para comprender la acción; la intención que se traduce por la voluntad de ejecutarlo y la libertad del agente para realizarlo. «Ningún hecho humano de los de la esfera de la libertad puede tener carácter jurídico, sin que sea apreciado por el patrón de la moralidad, hasta el punto en que tal apreciación es posible.»—FREITAS, al art. 445.

(**Art. 898.**) De los actos voluntarios lícitos debe resultar la adquisición, modificación ó extinción de un derecho; por eso los actos humanos que se relacionan con el cumplimiento de los deberes religiosos ó sociales no son actos jurídicos, por más que se ejerciten derechos permitidos por las leyes, y aunque sean la satisfacción de necesidades físicas, ó morales ó de conciencia. El acto voluntario ilícito no es tampoco un acto jurídico, porque su objeto no es crear ó modificar un derecho, aunque obtenga ese resultado; esos actos producen es cierto, efectos jurídicos que se traducen en la devolución de la cosa robada, ó en la indemnización del perjuicio causado en nuestro derecho.—FREITAS, art. 435 y nuestros artículos 900, 921, 922 y 936.





tíficos ó de beneficencia; pero esos hechos no crean relaciones de derecho; por eso dice el (art. 899): *cuando los actos lícitos no tuvieran por fin inmediato alguna adquisición, modificación ó extinción de derechos sólo producirán este efecto, en los casos en que fueren expresamente declarados*; porque la relación de derecho no se crea por el solo acto, es necesario que la ley lo reconozca y declare, ó que haya causado un daño á otro.

Cuando los hechos fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna (art. 900);

(Art. 899.) Así como los hechos de la naturaleza pueden extinguir ó modificar los derechos obrando sobre las cosas ú objetos, sin que sean hechos jurídicos, del mismo modo los actos humanos pueden ser lícitos, sin que tomen el carácter de actos jurídicos. Los actos del trabajo del suelo, p. e., como los que son el resultado del cultivo de la inteligencia, y que se traducen en una forma exterior, no son actos jurídicos, cuando no tienen por fin la adquisición, modificación ó extinción de derechos; pueden sí producir efectos jurídicos cuando las leyes lo hubieran determinado. Para que los actos humanos sean considerados como actos jurídicos deben tener «por fin inmediato» una relación de derecho, sea que la hagan nacer, la modifiquen ó la extingan, y que la voluntad se exprese en ese sentido.—Comp. SAVIGNY, *Der. Rom.* II, § 104, y FREITAS, art. 436 y su nota.

(Art. 900.) Los elementos necesarios para establecer la responsabilidad del agente, son: el «discernimiento», que es la facultad de conocer, y que suministra los motivos para que la voluntad se decida:

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 899.—Los actos ilícitos de este artículo no son actos jurídicos. Los hechos puros y simples, que por su naturaleza no presentan sino hechos materiales, no crean derechos y obligaciones, sino cuando se refieren á ciertas relaciones jurídicas, y en razón sólo de esta relación. El que hace reparaciones urgentes en la propiedad de un amigo ausente, tiene sólo en mira prevenir un perjuicio, mas no piensa en el cuasi contrato *negotiorum gestio*. El cultivo de un campo y otros hechos análogos son hechos puros y simples, que no producen por sí más que resultados materiales. Sin embargo, estos actos pueden, en razón de las circunstancias en que han tenido lugar, traer consecuencias jurídicas. Así, cuando se han ejercido por el que no es propietario, pueden dar lugar á la adquisición de frutos, ó á la restitución de los gastos hechos en el campo ajeno.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 899.—En la deuda de alquileres, el locatario debe los intereses moratorios desde el día de la demanda.—LIX, 17.



pero si hubieran causado daño á otro, ó si el ejecutor hubiera obtenido algún provecho, en el primer caso deberá responder el padre, tutor ó curador por el perjuicio, según el caso; en el segundo, devolverá aquello en que se enriqueció.

§ 274.—DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS HECHOS

Las consecuencias que producen los hechos humanos son inmediatas, mediatas ó casuales.

Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en el Código consecuencias inmediatas (art. 901, 1ª parte): es decir, las que vienen en seguida del hecho ejecutado, como el que arroja un objeto á la vía pública y hiere á uno de los pasantes.

cuando el discernimiento se aplica á un acto jurídico determinado, y la voluntad se decide á practicarlo, adquiere el nombre de «intención». El discernimiento es la regla que preside á todos los actos humanos y supone la inteligencia normal en su desenvolvimiento progresivo. La «intención» es la dirección de la voluntad ilustrada por la inteligencia, con el objeto de producir un hecho que se manifiesta de una manera externa. La libertad es el imperio que el hombre tiene sobre sí, y expresa la posibilidad de escoger entre los motivos que pueden determinar su acción, aceptando unos ó rechazando otros: supone independencia de la voluntad.

Esto no importa expresar que los actos ejecutados sin voluntad hayan de quedar, en muchos casos, sin la indemnización necesaria, pues las consecuencias de los actos practicados sin discernimiento recaen sobre los padres ó tutores, cuando son ejecutados por los menores de diez años que habiten con ellos; pero en otros casos quedarán en la categoría de hechos fortuitos, que nadie debe indemnizar.—Comp. Código Prusiano, 1ª parte, tit. 3, art. 3. MAYNZ, § 119 y nuestros arts. 273, 897, 907, 908, 913, 921, 922 y 1114.

Nota del Dr. Velez Sarfield al art. 900.—Cód. de Prusia, 1ª Parte, Tít. 3, art. 3. El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato ó de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito. (Maynz, I, § 119.)



Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas (art. 901, 2ª parte); como si el herido en el caso anterior, padeciera de una enfermedad y se agravara con la herida.

Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales (art. 901, 3ª parte); como si en el ejemplo anterior, el herido falleciera por la complicación de la enfermedad.

(Art. 901.) Este título comprende en su mayor parte artículos puramente doctrinarios, que no están bien en un código que manda, prohíbe ó permite. Así, se define lo que debe entenderse por consecuencias inmediatas de los hechos, sin establecer á cuáles deben aplicarse, lo que ha llevado á algunos á confundirlas con las consecuencias inmediatas y necesarias de que se habla en la inejecución de las obligaciones. Aquí se trata de la aplicación de esos principios á la ejecución de hechos ó actos voluntarios, sin hacer diferencia de cuándo son ejecutados con intención y libertad, ó cuándo son lícitos ó ilícitos, ó de buena ó mala fe ó dolosamente. Son definiciones que servirán para dar el alcance de la palabra en cada caso especial.

La consecuencia de un hecho que acostumbra á suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llama inmediata: esa consecuencia no debe ser necesaria y fatal, pues le quitaría el carácter de contingente que tiene en sí. Así, en el ejemplo de la destrucción de una cerca donde se guardan ganados, la dispersión ó la pérdida de alguno de ellos, es la consecuencia inmediata, pero no necesaria, porque pudieron no dispersarse, como sería también consecuencia inmediata la entrada de otros animales produciéndose una confusión. Consecuencia inmediata es la que ordinariamente sigue al hecho ejecutado, y no sería el que los animales salidos por la rotura de la cerca se ahogasen al pasar el río, ó comieren las yerbas venenosas del campo vecino, ó tomasen la peste en el campo donde penetran. La conexión del hecho ejecutado, con un acontecimiento distinto, como sería en el ejemplo de la rotura de la cerca, relacionado con el hecho de la salida del ganado, y el daño que pudieran causar en los campos vecinos, serían las consecuencias mediatas que han podido preverse ordinariamente; y cuando no fuese posible tal previsión, como si tomasen la peste, se ahogaran ó fueran muertos por un tren, etc., se llaman consecuencias casuales.—Comp. Cód. de Prusia, l. c., arts. 4, 5, 6 y nuestro art. 2204.



Todo el que ejecuta un acto voluntario que causa perjuicio á otro, está obligado á resarcirlo; pero la ley sólo hace responsable de las consecuencias inmediatas de los hechos libres, que son imputables al autor de ellos (art. 903), mientras que las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas (art. 904);

(Art. 903.) Toda persona que ha causado un daño á otra, á consecuencia de una acción libremente ejecutada, lo haya verificado con intención ó por su negligencia ó imprudencia, debe responder del daño, que comprenderá las consecuencias inmediatas.

No es necesario que el hecho importe un delito del derecho civil, ni un acto ilícito para dar lugar á la indemnización; basta que el daño provenga del hecho mismo. El que ejercitando un derecho propio perjudicase á otro, no está obligado á indemnizarlo; así el medianero de una pared puede echarla abajo para hacerla más sólida, sin indemnizar perjuicios.—Comp. Cód. Prusiano, l. c., art. 7, Francés, art. 1383 y nuestros arts. 513 y 520.

(Art. 904.) Cuando las consecuencias han podido preverse poniendo la debida atención, se debe responder de ellas por el que ejecutó el acto. Así, en el ejemplo de la rotura ó destrucción de una cerca donde se encuentran animales, no sólo ha podido preverse que estos saldrían, lo que es una consecuencia inmediata, sino que saliendo podrían causar daño en los terrenos vecinos, y ese daño, que es una consecuencia mediata, debe ser soportado por el causante.—Cód. de Prusia, l. c., art. 1º y GOYENA art. 1903.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 903—*La suspensión de una obra por culpa imputable única y exclusivamente al constructor, lo hace pasible de los daños y perjuicios que el locador de servicios justifique.—Jur. Civ. VII, 258, Sér. 4º.

Es responsable de los daños y perjuicios el autor de un hecho voluntario, aunque no haya mala fe de su parte.—Jur. Com. I, 525, Sér. 1º.

No puede prosperar la demanda por daños y perjuicios causados por un acto ilícito, en tanto no se justifique que el demandado es el autor del hecho en que se funda la acción.—Jur. Civ. I, 39, Sér. 5º.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 904—*El propietario que, fundándose en la quiebra, se opone á la transferencia del contrato de locación, carece de derecho para cobrar alquileres durante la oposición, si resulta vencido.—Jur. Civ. VI, 150, Sér. 3º.

El escribano otorgante de una escritura es responsable, al comprador, de los



pero no son imputables al autor del hecho, las consecuencias puramente casuales, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art. 905), como sucedería en los delitos, donde el agente debe responder de todas las consecuencias. Así, se dice, que son imputables las consecuencias casuales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho (art. 906).

En esta materia se puede establecer como regla general que, *cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno*

(**Art. 905.**) No solamente se debe tener en cuenta la mira ú objetivo que tuvo el autor al ejecutar el hecho para responder de las circunstancias casuales: bastará haberlas podido prever. Así, el que destruye una cerca donde se guardan animales, si la cerca da sobre la vía de un tren y los animales al salir son muertos por una locomotora, esa circunstancia casual es imputable al autor del hecho. Las empresas de transportes, sobre todo las de ferro-carriles, responden por las consecuencias puramente casuales, cuando ocurrieren por negligencia ó descuido de sus empleados.—Comp. Cód. Prusiano, l. c., arts. 11 y 12.

(**Art. 906.**) El que ejecuta un acto ilícito responderá de las consecuencias casuales en ciertos casos; pero si contra las ordenanzas municipales se arrojan objetos á la vía pública y causaren perjuicios á los transeúntes, el que los arrojó responderá por los originados, limitándolos á las causas inmediatas, no á las remotas. El que arrojando un objeto á la vía pública hiriese á un transeúnte, indemnizará el daño; pero si la herida se complicara con otra enfermedad que sufriera el perjudicado y á consecuencia de eso falleciera, la responsabilidad del agen-

daños y perjuicios que pueda ocasionarle su falsa afirmación de que el bien no tiene gravamen, no obstante la existencia de una hipoteca.—Jur. Civ. VIII, 9, Sér. 1^a.

Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 905.—Los perjuicios sufridos por los pasajeros en virtud de hechos casuales que pudieron ser evitados por medidas administrativas de las empresas, no pueden en ningún caso, calificarse de caso fortuito.—Jur. Civ., V, 333, Sér. 2^a.

Las empresas de ferrocarriles son responsables civilmente de los perjuicios sufridos por los pasajeros, en virtud de hechos casuales que pudieron ser evitados por medidas administrativas de dichas empresas.—Jur. Civ., VIII, 226, Sér. 2^a.

Los sufridos por los pasajeros, en virtud de hechos casuales que pudieron ser evitados por medidas administrativas de las empresas, no pueden calificarse de caso fortuito.—Jur. Civ., VII, 226, Sér. 2^a.

conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902); dejando al arbitrio de los magistrados el estudiar los actos según las circunstancias en que se hayan producido.

§ 275.—CUANDO LAS PERSONAS PUEDEN SER RESTRINGIDAS POR OTRAS, EN SU LIBERTAD

Toda persona capaz tiene plena libertad de acción, su único límite es no dañar á la sociedad en sus costumbres, ni perjudicar á los terceros en sus derechos; por eso se dice, que *nadie puede obligar á otro á hacer alguna cosa. ó restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto (art. 910),*

te no irá hasta responder de la muerte; por esc se dice, es responsable cuando la casualidad ha sido perjudicial por causa del hecho.—Comp. Cód. Prusiano, l. c., art. 13.

(Art. 902.) Esta es una regla doctrinaria y científica que sólo sirve para determinar la manera de aplicar las consecuencias de los hechos producidos. Los jueces deben tenerla presente.

(Art. 910.) La obligación consiste en el ejercicio de la actividad de una persona sobre otra, que por un acto voluntario ha consentido en restringir su libertad, con relación á un acto ó á una serie de ellos

Nota del Dr. Velez Sarfield al art. 906—Cód. de Prusia, lugar citado, arts. 10 y siguientes.

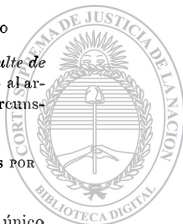
Nota del Dr. Velez Sarfield al art. 902.—Cód. de Prusia, lugar citado, art. 9.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 902.—La empresas de ferrocarriles son responsables de los perjuicios causados por culpa ó negligencia de sus empleados.—XXIV, 428 y 441.

La falta de barrera sobre un paso á nivel de la vía férrea, constituye una negligencia culpable de la empresa, que la responsabiliza por los daños ocurridos á consecuencia de dicha falta.—LIII, 295.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 902.—No procede la indemnización de daños y perjuicios si el accidente sólo puede ser el resultado de la imprudencia del damnificado.—Jur. Civ., VIII, 174, Sér. 3°.

Las empresas de ferrocarriles, son responsables civilmente de los perjuicios que sobrevengan á los viajeros por culpa ó negligencia de sus empleados.—Jur. Civ., VII, 301, Sér 2°.





sea por un contrato anterior, sea por un acto jurídico que le haya creado ese derecho; y del mismo modo, *nadie puede obligar á otro á abstenerse de un hecho porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescrito por las leyes, y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas (art. 911)*; como si quisiera atentar contra su propia existencia; en esos casos, las personas libres y conscientes, pueden ser obligadas á no dañarse á sí mismas.

que no comprendan toda la vida; y en cada obligación nos encontramos en presencia de dos personas por lo menos, una de las cuales ha restringido su libertad de acción, y otra que ha extendido el radio de su poder, adquiriendo un derecho que antes no tenía. Esto sucede con relación á las personas entre sí; porque hay casos numerosos en que las leyes por consideraciones de un orden superior, restringen esa libertad y crean en favor del individuo un derecho que puede ser reclamado por los demás. Las leyes prohibitivas se encuentran en este caso, confiriendo á los individuos un derecho para impedir la ejecución de lo prohibido. Fuera de este gran radio de limitación, el hombre recobra su libertad no pudiendo ser obligado á hacer lo que la ley no manda, ni ser privado de lo que ella no prohíbe, como lo establece la constitución nacional. Así, para restringir la libertad del individuo es necesario crearse un derecho especial, con relación á un acto determinado ó á una serie de actos que no agoten la actividad humana, como sería la esclavitud, por ejemplo, que no es permitida.—Comp. Cód. de Prusia, l. c., art. 26.

(Art. 911.) Se trata de actos que el individuo ejecuta contra su propia persona, y en que sólo la autoridad puede intervenir, cuando obre contra las prohibiciones establecidas por las leyes. Así, es prohibido el suicidio y cualquiera podría impedirlo, si la autoridad no puede ocurrir inmediatamente; pero respetando la libertad personal, nadie le prohibiría que perjudicase su salud con privaciones ó mortificaciones haciéndola deperecer. Esas privaciones han llegado á constituir un título de santidad, en ciertas épocas de la vida. Basta que el hombre sea consciente para respetar su libertad de acción. En lo que se relaciona con las cosas que lo rodean y sobre las que ejerce una acción legítima, cuando le pertenecen, nadie puede ponerle un límite, porque la prodigalidad está suprimida por el Código, reconociendo la imposibilidad de determinar con precisión dónde principia, y donde termina



Cuando las personas tienen bajo su poder ó autoridad á otras tienen derecho para impedirles se dañen á sí mismo; por eso se dice: *quien por la ley ó por comisión del Estado, tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedirle por la fuerza que se dañe á sí mismo (art. 912)*, como el padre, tutor ó curador respecto del incapaz, ó los asilados en los establecimientos ú hospicios, que están bajo la autoridad de la Dirección.

§ 276.—MODOS DE EXPRESAR LA VOLUNTAD

La voluntad necesita de un hecho visible que hiera nuestros sentidos, para que caiga bajo la acción de la ley, y *ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste (art. 913)*.

según el ideal que cada uno persigue.—Cód. de Prusia, l. c., arts. 27 y 28, y la nota al artículo 54 del Dr. VELEZ SANSFIELD. El Cód. Civ. Alemana restablece.

(**Art. 912.**) Cuando una persona se encuentra bajo la patria potestad, tutela ó curatela de otra, ó en un establecimiento público sometida á reglamentos especiales, su condición varia: en el primer caso se ha reconocido que no tiene capacidad para dirigir sus acciones, y por consiguiente, hay perfecto derecho para impedirle se dañe en su salud, y con más razón en sus bienes. El padre ó tutor pueden poner todos los medios legales, para que el incapaz siga la norma de conducta que esté en armonía con la vida ordinaria; el curador debe hacer asistir al incapaz á fin de que recobre su capacidad. Los asilados en los establecimientos públicos, como hospitales, hospicios, etc., se encuentran sometidos á los reglamentos por el hecho de penetrar en ellos y pueden ser obligados no solamente á cumplirlos, sino á impedirlos que se dañen.—Comp. Cód. de Prusia, l. c., art. 29 y nuestros artículos 275, 278 y 415.

(**Art. 913.**) Los hechos no son tales, ni pueden ser materia de una controversia, sino cuando caen bajo la percepción de nuestros sentidos, exteriorizándose por el elemento material que les da una forma tangible viniendo á herir nuestro derecho. Cuando sólo existe el elemento moral, dice Freitas, hay puramente un hecho interior que nadie

Nota del Dr. Velez Sansfield al art. 911.—Cód. de Prusia, lugar citado, artículos 27 y 28.



La voluntad puede manifestarse de mil modos; pero *los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado ó comenzado, ó simplemente en la expresión positiva ó tácita de la voluntad (art. 914)*, como igualmente en una abstención de lo que se tendría derecho para ejecutar.

La declaración de la voluntad puede ser formal ó no formal, positiva ó tácita, ó inducida por una presunción de la ley (art. 915);

puede conocer, en cuanto no se traduce en signos sensibles; hecho interior que no cae bajo la acción de la ley, porque sólo está sometido á la conciencia de la persona; así, de los pensamientos, sentimientos ó deseos interiores, sólo es responsable el hombre ante Dios.—Comp. FREITAS, art. 445 n° 1 y la nota, así como lo dicho en nuestra nota al art. 897.

(**Art. 914.**) La voluntad puede manifestarse por un hecho ejecutado con discernimiento, intención y libertad, de modo que con la ejecución concluya la manifestación externa, ó cuando se comienza á poner esa voluntad en acción por actos anteriores necesarios para la ejecución. La voluntad puede manifestarse igualmente por una omisión, cuando por la ley ó por el contrato está obligado á hacer una cosa, como el padre que abandona á su hijo, ó el que no entrega la cosa ofrecida en el tiempo y lugar estipulado. También puede existir por la sola expresión positiva, manifestada verbalmente, sin ejecución material, como el que acepta un mandato ó lo rechaza de palabra; puede, en fin, manifestarse tácitamente ejecutando el acto que se le encomienda.—FREITAS, art. 446 y nuestros arts. 917 y 1145.

(**Art. 915.**) La manifestación formal de la voluntad ha quedado suprimida, desde que la ley de Recopilada estableció el principio, que de cualquier manera que la persona manifestase la voluntad de obligarse quedaba obligada. En el derecho romano ocupaba un lugar muy importante, y la forma simbólica era la base para la realización de ciertos actos. Como lo hace notar Savigny, la forma simbólica del derecho se remonta generalmente á una época en que la fantasía es la facultad predominante de un pueblo. Entre nosotros el formulismo ha desaparecido, para ser reemplazado por la expresión positiva, ya se manifieste de una manera expresa ó tácita, ya se presuma por la ley, como en los casos en que la voluntad se supone. La manifestación expresa puede tener lugar por escrito, verbalmente ó por medio de gestos ó signos, como si ofrecida en venta una cosa es aceptada por un signo de cabe-



las declaraciones formales son aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad (art. 916), como en los testamentos que no se consideran tales, si no se han llenado las solemnidades exigidas por la ley. La expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, ó por escrito, ó por otros signos inequívocos, con referencia á determinados objetos (art. 917); mientras que la expresión tácita de la

za ó por un gesto. En ciertas acciones, la ley supone una intención y la considera como manifestación de la voluntad en un sentido dado, mientras no se pruebe lo contrario, como el que entrega el documento original de la deuda, se presume que la remite.—Comp. Código de Prusia, tit. 4, art. 1 y SAVIGNY, Derecho Romano, § 130.

(Art. 916.) La declaración de la voluntad para ser válida no necesita de una forma exclusiva, sino en determinados casos, como en los testamentos, por ejemplo, que no tienen valor si no está consignada en la forma escrita; en el matrimonio, si no está en el registro civil ante el oficial público; pero esa manifestación no debe confundirse en los demás, con la prueba del acto mismo. El contrato puede no existir como tal por falta de prueba, lo que no excluye que la voluntad se haya manifestado expresamente, y puede servir de base para reconstruirlo y darle su valor, obligando á los contratantes á otorgarlo en la forma designada. Así, una deuda verbal de más de 200 pesos, si fuera confesada en juicio, sería reconstruida, como en el mismo caso la venta de un inmueble hecha verbalmente y confesada podría exigirse se extendiera en escritura pública, art. 1188, por más que parezca esta teoría en oposición con los arts. 975 y 976, en que la voluntad debe manifestarse no sólo por escrito, sino en la forma determinada, en esos casos la forma se confunde con la prueba. — Comp. SAVIGNY, II § 130.

(Art. 917.) Se trata de interpretar la manifestación positiva de la voluntad que sólo puede ocurrir cuando haya un defecto de expresión, reconstruyendo el pensamiento de las partes, pues como decía la

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 916.—Se llaman formales, porque sus formas son regidas por el derecho positivo, mientras que para las declaraciones no formales, las formas son dejadas á la elección de las partes. Desde la edad media, dice Savigny, la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento

voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, ó cuando no haya una protesta ó declaración expresa contraria (art. 918), como si en pre-

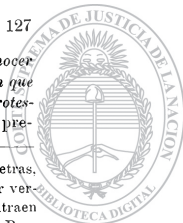
ley romana, no estamos obligados en virtud del carácter de las letras, sino por el sentido expresado en ellas. La manifestación puede ser verbal ó por signos inequívocos, pues hay obligaciones que se contraen solamente por signos, como dice la ley 52, § 10, tit. 7, lib. 44 Dig. Para que haya expresión de voluntad, es necesario que la manifestación nos lleve á una certeza completa, ó que la interpretación del acto escrito contenga elementos que conduzcan á la certidumbre.—Comp. SAVIGNY: l. c., § 131 y FREITAS, art. 447 y nuestros arts. 916 y 1145.

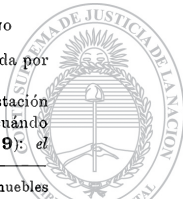
(Art. 918.) Cuando la ley exige una manifestación expresa de la voluntad, no se admite la expresión tácita, aunque de los hechos realizados se deduzca la certeza de lo contrario. Si ofrecida en venta una cosa mueble, el proponente la entrega al aceptante, quien la lleva á su casa, la propuesta se reputa aceptada, si no manifestó una intención contraria. Hay actos en que á pesar de la manifestación contraria producirán su efecto por el hecho de ejecutarlos; así, el que toma una cosa ofrecida en venta y la consume manifestando que la toma en donación, estará obligado á pagar el precio por el que se la entregaron. Cuando el heredero que aun no ha aceptado la herencia ejerce actos de dominio sobre las cosas de la sucesión, manifestando que no importan aceptación, ó esos actos se declaran nulos ó son válidos; en el segundo caso se le considera haberla aceptado, apesar de su contraria manifestación. Serán cuestiones de hecho. En el caso de la nota del

y la voluntad del que lo firma. El acto no valdría por el derecho moderno aunque estuviese escrito por la parte, si no estuviese también firmado. Esta forma era extraña á los romanos, y cuando muy tarde la aceptaron, fué para muy pocas aplicaciones.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 916.—Los contratos para los cuales se establece por la ley formas y solemnidades determinadas, no producen acción en juicio, si ellas no han sido observadas.—Jur. Com. II, 10, Sér 1^a.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 917.—No tratándose de actos solemnes, la Ley Romana decla:—*Placuit non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.* L. 38, Lib. 44, Tit. 7, Dig.—Otra ley decla:—*Sed et nutu solo plevaque consistunt.* L. 52, § 10, Dig.—Véase á Savigny, *Origen y fin de las relaciones de derecho*, § 131.





sencia del propietario de una cosa mueble fuera vendida por otro en su nombre, y guardara silencio.

En principio general, el silencio no es una manifestación tácita de la voluntad; y la ley se ve obligada á decidir, cuándo importará una manifestación; por eso dice el (art. 919): el

Dr. Vélez Sarsfield, tomada de Savigny, del que vende los inmuebles de una sucesión en presencia de sus co-herederos que reciben la porción correspondiente, se juzga que han aceptado la venta, aunque manifestaren lo contrario; porque debe existir armonía entre la expresión verbal y el hecho realizado; en caso de duda, los jueces deben decidir cuál de las dos manifestaciones debe tener mayor fuerza. Freitas, art. 448, dice: «ó cuando no haya una protesta ó declaración expresa en contrario».—Comp. SAVIGNY, Der. Rom. § 132 al fin. Véase arts. 1146, 1873 y 1878.

(Art. 919.) El silencio por sí solo no puede constituir una manifestación de voluntad; este principio se debe considerar como una regla general. El silencio se toma como la ausencia de toda manifesta-

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 918.—Regularmente el acto no basta por sí solo para establecer la declaración de la voluntad; es preciso además el concurso de otras circunstancias exteriores. Si un acreedor, por ejemplo, entrega á su deudor el título de su crédito, este acto, según las circunstancias, es susceptible de muchas interpretaciones. Puede ser mirado como una remisión tácita de la deuda, ó como una prueba del pago de ella. La presentación voluntaria ante un juez incompetente, importa una prorogación tácita de la jurisdicción; mas esta prorogación no tiene lugar si se ha hecho por error.

En otros casos los actos por sí importan la certidumbre de la voluntad. El acreedor que recibe con anticipación intereses por cierto tiempo, promete por ese hecho no reclamar el capital antes de la espiración de ese término. Cuando un heredero vende todos los inmuebles de una sucesión en presencia de sus co-herederos, y éstos reciben la porción del precio que les correspondía, se juzga que ellos han vendido tácitamente su parte. Savigny, *Derecho Romano*, tomo 3, pág. 257.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 918.—Un depósito hecho en 1874, en pesos fuertes oro, debió ser restituido en la misma moneda, ó en la de curso legal al cambio del día del pago. El hecho de haber sido entregada al depositante la suma de dos mil pesos fuertes en moneda de curso legal, no importa la renuncia de su derecho por parte de aquél.—XXXIV, 49.

Fallos de la Cdm. de Ape. de la Cap.—Aplicación del art. 918.—El hecho de pagar el padre una cuenta de artículos pedidos por el hijo sin hacer manifestación expresa de su voluntad contraria para en adelante, importa una autorización tácita para los suministros posteriores.—Jur. Civ. VI, 5, Sér. 5ª.

silencio opuesto á actos, ó á una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto ó á la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de expli-

ción externa, y si la ley debe respetarla, hay casos especiales en que necesitándola, exige que el silencio se tome como una expresión de la voluntad. Si alguien al hacerme, por ejemplo, la propuesta de un contrato, me manifestara que tomaría mi silencio por una contestación afirmativa, remitiéndome el objeto ofrecido, como no tiene derecho para hacerme tal intimación, mi silencio no importaría aceptar la cosa; pero si un juez me llamara á reconocer un documento que se dice firmado por mí, mi negativa á comparecer, ó mi silencio ante la interrogación, sería considerado como una respuesta afirmativa; aquí hay la obligación de contestar so-pena de considerarme confeso; lo mismo sucede con las preguntas que las partes se hacen en los juicios civiles ó comerciales; pero cuando en una causa criminal el presunto culpable guarda silencio á la interrogación de los jueces, ese silencio no se toma como una confesión. En las relaciones de familia, por ejemplo, cuando la mujer separada de su marido le anuncia su embarazo, y éste guarda silencio dejando pasar los términos para reclamar, su silencio se toma como un reconocimiento de la paternidad. Del mismo modo, cuando ha expresado anteriormente la voluntad de aceptar un acto cualquiera y éste se realiza después en su presencia, sin oposición alguna de su parte, ese silencio, estando en armonía con la manifestación precedente, equivale á una expresión de la voluntad, como en el caso de la ley 37, t. 1., lib. 36 Dig., en que un heredero tuviera encargo de restituir la sucesión á un tercero, y éste la tomase sin reclamación del heredero, su silencio equivale á una restitución.—Comp. SAVIGNY, § 132 Vease arts. 252, 253, 1145, 1874 á 1878.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 819.—Savigny, § 132, *Origen y fin de las relaciones de derecho.* La Ley Romana dice: *qui tacet non utique, attetur, sed tamen verum est eum non negare.* Ley 142, *De reg. juris.*—La Ley de Partida dice: *aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo quel dicen, magier non responde; mas esto es verdad que non niega lo que oye.*—La glosa de Gregorio López, á esta regla, es bastante importante.

Cuando una mujer separada de su marido le denuncia su embarazo, el silencio de éste es una confesión de la paternidad. L. 1, § 4, Tít. 3, Lib. 25, Dig. Cuando los trabajos ejecutados sobre un terreno exponen al vecino á un perjuicio resultante de las aguas pluviales, y éste los ve sin reclamar, se juzga que consiente tácitamente en sufrir el perjuicio. L. 19, Tít. 3, Lib. 39, Dig. Cuando un hijo menor, estando presente su padre, asegura á su futura esposa que tiene el



cararse por la ley ó por las relaciones de familia, ó á causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

La expresión de la voluntad puede resultar igualmente de la presunción de la ley en los casos que expresamente lo disponga (art. 920).

(Art. 920.) Es necesario no confundir la expresión tácita de la voluntad que resulta de hechos ó actos realizados por la persona, con la presunción de la ley, como sucede en la entrega del documento original que presume la remisión de la deuda, si el deudor no alegare pago, y salvo la prueba en contrario. La presunción, por ejemplo, de legitimidad del hijo nacido dentro del matrimonio, presunción que puede desvanecerse por la prueba, son otros tantos casos de manifestación ficticia donde no hay en realidad signo alguno de la voluntad, que viene á ser en cierto modo sustituida por la ley. Entre la manifestación tácita, que es siempre real, dice Savigny y la ficticia, hay diferencias esenciales; muchos casos de esta última descansan, no sobre un acto determinado, que no podría tomarse como signo de la voluntad, sino como una relación general y permanente; además de que la ficción se admite de ordinario allí donde una voluntad real es frecuentemente imposible. En la manifestación tácita es necesario examinar los hechos producidos para buscar la voluntad del agente; mientras en la ficticia se presume la existencia de la voluntad, y desde

consentimiento de su padre para contraer matrimonio, y éste se calla, su silencio se reputa como un consentimiento prestado. L. 5, Tit. 40, Lib. 8, Cód. Cuando se guarda silencio á las interrogaciones de los jueces, el silencio se tiene por confesión del hecho sobre que se pregunta. L. 1, Tit. 9, Lib. 11, Nov. Rec.; L. 11, Dig. *De interrog.* Cuando un acto, bajo firma privada, es notificado ú opuesto á la parte contraria, y ésta guarda silencio, su silencio equivale al reconocimiento de la firma. Toullier, tom. 8, n° 229; Duranton, tom. 13, n° 113 y 114. La Ley de Partida clasifica como hecho doloso el silencio de una persona á una pregunta que se le hace, cuando tiene en mira inducirlo por él á engaño. L. 1, Tit. 16, Part. 7°.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 919—El silencio no puede considerarse como manifestación de conformidad y el Juez debe proceder á la regulación de honorarios.—Jur. Civ. 11, 447, Sér. 2°.

Exigida la manifestación, el silencio, después de notificada, inporta conformidad.—Jur. Civ., XII, 413, Sér. 3°.

La contestación evasiva del demandado, cuando no se trata de hechos propios no puede equipararse á la confesión ficta.—Jur. Civ., VII, 504, Sér. 2°.

La ejecución por alquileres, fundada en la confesión ficta que resulta de la falta de comparecencia del locatario, no adolece de nulidad.—Jur. Civ., XI, 308, Sér. 4°.



§ 277.—DE LOS HECHOS INVOLUNTARIOS

Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, ó actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que por cualquier accidente están sin uso de razón (art. 921), como el demente no declarado.

que el hecho acontece ó sucede, se la considera como tal, salvo la prueba en contrario: así es necesario una manifestación expresa para destruir la presunción.—Comp. SAVIGNY, § 133. ORTOLAN, *Der. Rom.*, III, § 6.

(Art. 921.) Este artículo decide una de las cuestiones más graves de la jurisprudencia, pues á pesar de la uniformidad de las opiniones entre los jurisconsultos franceses, reconociendo la incapacidad de los dementes para practicar actos válidos en lúcidos intervalos, Demolombe, reaccionando contra una teoría admitida y reconocida por todos, ha aportado al debate razones de consideración, que han hecho cambiar de opinión á algunos autores. ¿Puede el incapaz contraer matrimonio? Veamos las razones de Demolombe; dice: los derechos civiles son de dos clases: unos que pueden ser ejercidos por un representante, el tutor, p. e.: otros cuyo ejercicio es esencialmente personal é intransmisible. En cuanto á los primeros, la ley los ha referido al tutor, sin admitir lúcidos intervalos, y se concibe por que hay ventajas sin inconvenientes; pero para los derechos de la segunda clase, sería conveniente tener en cuenta los intervalos lúcidos y permanecer bajo el imperio del hecho: sería herir al interdicto con una especie de muer-

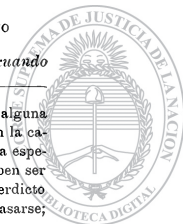
Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 920.—Si se trata de sostener un proceso por una persona ausente, los hijos de ésta y sus ascendientes pueden obrar en calidad de procuradores presuntos, como también el marido por la mujer. El que entra á ocupar una casa que ha alquilado, se juzga que voluntariamente da en prenda del pago de los arrendamientos los muebles que introduce en ella. Los hechos mismos, dice Ortolan, son muchas veces de pura suposición jurídica. Las ficciones ó suposiciones jurídicas de hechos no son otra cosa que una manera más lacónica de expresar las disposiciones que se quieren aplicar á una situación, diciendo se determinarán los derechos como si tal hecho se hubiera verificado, como sucede en lo relativo al postliminio. La habitación jurídica de una persona para el ejercicio de ciertos derechos (el domicilio), es meramente un hecho de creación jurídica. (*Generalización del Derecho Romano*, Tít. 3, § 6).



Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando

te civil, lo que se consideraría inhumano; que no hay en parte alguna del código francés una disposición que coloque la interdicción en la categoría de un impedimento; que es una verdad adquirida por la experiencia que hay lúcidos intervalos largos y prolongados que deben ser reconocidos; que habría dureza é inhumanidad en privar al interdicto que legitime por el matrimonio un hijo natural, impidiéndole casarse; que si se permite casarse al sordo-mudo incapaz de manifestar su consentimiento, está en el mismo caso el demente; que, en fin, los que sostienen la doctrina contraria, admiten que el demente pueda reconocer hijos naturales en los lúcidos intervalos, y no habría razón para privarle de actos personalísimos como este.

Tal como se encuentra legislada esta materia por el Código Civil Argentino, no es aceptable la teoría tan brillantemente defendida por Demolombe, y que parece probable en la legislación francesa. Por nuestra legislación tenemos el art. 54, que declara á los dementes incapaces absolutamente, y los coloca en la misma categoría de las personas por nacer, y de los ausentes declarados en juicio; incapacidad absoluta que los inhabilita para cualquier acto de la vida civil. A esta incapacidad se une la disposición del art. 9º, nº 7 de la ley de matrimonio civil, en que se declara la locura como impedimento del matrimonio, y su nulidad puede ser deducida por los que hubieren podido oponerse al acto, art. 85, nº 2. Ante estas dos disposiciones tan terminantes y las correlativas de los arts. 1041 y 1042 que declaran nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces, debemos concluir que los dementes declarados tales en juicio no pueden celebrar acto alguno, aun en lúcidos intervalos, y si el art. 3615 les permite hacer testamento, es porque habla de los dementes no declarados y hace una excepción al principio «diciendo de una manera absoluta que los dementes no pueden testar; así, aunque el testador hubiera muerto sin estar juzgado como demente, sus disposiciones testamentarias podrían ser atacadas como hechas por un demente». Aubry y Rau, cuya autoridad se trae para sostener la opinión de que los dementes pueden casarse y reconocer hijos naturales, pero no testar, reprochándoseles de arbitraria la distinción, sostienen en el § 502, texto y notas 14 á 16, á que se refiere en el § 127, notas 4 y 5, lo siguiente: «Las personas cuya interdicción ha sido pronunciada, son civilmente incapaces de hacer un contrato de matrimonio, como lo son de concluir cualquiera otra convención. Si, pues, un interdicto se ha casado después de haber



fueren hechos por ignorancia ó error, y aquellos que se ejecutaren

hecho un contrato semejante, su tutor ó sus herederos tendrán derecho para anular el matrimonio, aunque éste fuese válido, como si lo hubiera celebrado en lúcidos intervalos.» Esta opinión que puede sostenerse ante la disposición del art. 502 del Código Francés, que no prohíbe el acto sino de una manera general, toma mayor valor ante la clara y precisa del art. 9º, nº 7 del Código Argentino. Por otra parte, el Código no hace la división doctrinaria de los actos que pueden ejecutarse por el representante, y de aquellos personalísimos que sólo pueden ser ejecutados por el incapaz; porque el declarado demente es incapaz de acto alguno de la vida civil, pues, no tiene la libertad personal de sus acciones, ni se puede dirigir sin el auxilio ó consentimiento de su curador. Se comete una petición de principios al aceptar que el demente puede ejecutar los actos personalísimos de casarse, reconocer hijos naturales, donar por actos entre vivos, querellarse, etc., porque se da por demostrado lo que debía probarse; la única excepción reconocida por la ley es la de hacer testamento, y es seguramente por la naturaleza del acto, pues obliga á los beneficiados á demostrar que lo hizo en el completo uso de su razón; pero no cuando hubiere una sentencia de interdicción. El art. 3615 se refiere á los dementes no declarados. La capacidad para testar, p. e., no le es concedida á los menores de 18 años, art. 3614, y sin embargo, pueden ser emancipados teniendo patria potestad sobre sus hijos y con la libre administración de sus bienes. ¿Y cómo se permitiría contraer matrimonio al demente? Si nuestro artículo no distingue entre los dementes declarados y los que lo son, la naturaleza de las instituciones nos obliga á hacerla, pues hay un principio general y absoluto que los declara incapaces para cualquier acto, art. 54, so-pena de nulidad, art. 1041, y debemos necesariamente admitir que este artículo se refiere á los dementes no declarados. La colocación del artículo mismo apoya esta interpretación. Se habla de los hechos y de las responsabilidades de los ejecutores, no de los actos jurídicos que tienen por fin la adquisición, modificación ó extinción de derechos. No es absurdo, ni inhumano, ni hay muerte civil en mantener esta prohibición absoluta. Hay, por el contrario, conveniencia social en no permitir semejantes matrimonios, que llevan consigo la degeneración de la especie humana, dando nacimiento á seres con el germen de la herencia; amén de las explotaciones indignas á que se prestarían estos desgraciados; no hay muerte civil, pues son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes. Freitas tiene razón cuando reprocha á Demolom-





por fuerza ó intimidación (**art. 922**) en las condiciones que se expresarán en los arts. 923 y 936 y sig., y con las excepciones de los arts. 938 y sig.

be el haberse separado del común sentir de los autores como DELVINCOURT, I, 55. TOULLIER, I, n° 502, y V, n° 57. PROUDHON, I, 375, y II, 531. MARCADÉ al art. 146. ZACHARIE, DURANTON, GRENIER, *Donaciones*, etc., á la que podemos agregar la autoridad del Código Civil Alemán, art. 104, que mantiene la incapacidad mientras dure la interdicción.—Véase DEMOLOMBE, III, n° 127, y VIII, n° 635 y sig.

Los actos practicados por aquellos que por algún accidente no están en el uso de su razón, se consideran igualmente que lo fueron sin discernimiento, pero no se libertarán de la responsabilidad de los ilícitos, como el beodo, p. e., que causa un daño á otro, sin que sea necesario distinguir, si se puso en ese estado con el objeto de cometer el acto ó no. El sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito es incapaz absolutamente; he criticado la disposición del art. 10 de la ley de matrimonio civil que les permite casarse con consentimiento de sus padres ó tutores.

Son nulos los altos lícitos ejecutados por los impúberes ó los dementes, porque no tienen voluntad consciente. Las disposiciones de este artículo se refieren á los actos no jurídicos, que se denominan hechos, porque no están destinados á producir obligaciones, ni á crear derechos; pero muchas de sus disposiciones se aplican igualmente á los actos jurídicos, así como al error ó la ignorancia, y no han debido colocarse en este lugar, respondiendo á un método científico.

(**Art. 922.**) Los tres elementos principales para la validez ó responsabilidad de los hechos ó actos jurídicos son: el discernimiento,

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 921.—El Derecho Romano reconocía tres grandes épocas en la vida humana:

1° Desde el nacimiento hasta el fin del 7° año, y llamaba infantes á las personas que se hallaban en este período, *qui 'are non possunt*, literalmente, los que no pueden aún hablar, á diferencia del *mutus* que está privado del uso de la palabra por un vicio orgánico. La condición de *fari posse* tenía sus bases en las costumbres romanas, de revestir los actos más importantes con las formas solemnes de un diálogo. Los romanos no querían envilecer los actos jurídicos haciendo repetir á un niño palabras que no comprendiese. El niño debía siempre comprender el sentido de las palabras, es decir, hablar con discernimiento, aunque no comprendiese el motivo y el fin del negocio. De aquí dimanaban tres estados de inteligencia: 1° Comprensión del fondo mismo del negocio; 2° Ignorancia del negocio, pero comprensión de su forma, es decir, de las palabras que debía pronunciar; 3° Falta de esta última comprensión, aunque el niño fuese capaz de articular



Los incapaces absolutamente, no pueden ser responsables del daño que causaren; pero como no sería justo que se enriquecieran á costa de otro, la ley dispone que, *cuando por los*

la intención y la libertad; si faltare alguno de ellos el acto perderá su valor. Freitas, arts. 450 y 451, hace esta diferencia al decir: «serán reputados como practicados sin intención, los actos que se practicaren con discernimiento y libertad, pero con ignorancia ó error.» La ignorancia ó el error quitan la intención, pues ésta es el discernimiento aplicado á un acto en virtud del cual el agente se decide á ejecutarlo. Quiero dar, p. e., mil pesos á A. en remuneración de un servicio y se los doy á B., falta la intención y el acto es nulo. La intención puede no existir en los actos practicados con discernimiento y libertad, cuando la acción se decide por el dolo de una tercera persona. Hay impropiedad al decir, se reputan sin intención los actos ejecutados por fuerza ó intimidación, cuando en realidad lo que falta á esos actos es la libertad. El que los ejecuta por miedo de sufrir un mal mayor, lo hace con discernimiento é intención, como lo nota Freitas; pero falta la libertad en el agente. Los actos ejecutados sin intención ni libertad que vician el consentimiento, pueden ser jurídicos ó no jurídicos, en el primer caso anulan el acto, en el segundo libertan á los agentes de las responsabilidades.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1109. FREITAS, art. 450 y 451. GOYENA, art. 988.

maquinalmente las palabras. En esta última, la capacidad de obrar no existía en manera alguna.

Los romanos seguan una antigua doctrina de la filosofía griega, que atribuye una virtud oculta al número 7, doctrina que por motivos religiosos era seguida en la Edad Media, é hizo dividir en siete partes el gran Código de España, conocido bajo el nombre de las Siete Partidas, y como están divididos en siete partes los cincuenta libros del Digesto, por la razón misteriosa que expresa Justiniano en su constitución *Tanta*, § 1.

2° Desde el fin del 7° año, hasta el fin de los 14 ó 12, según el sexo. Durante estos dos primeros períodos, las personas se llamaban *impúberes*.

3° Desde el fin de los 14 ó 12, hasta el fin de los 25, y se llaman *adultos*. Durante estos tres primeros períodos, las personas eran *menores*.

4° Desde los 25 hasta la muerte, *mayores*.

Había estados intermedios: cuando la persona se hallaba en el término medio entre la infancia y la pubertad, á los diez años y medio, por ejemplo, se decía *pubertati proximus*. Entonces ya respondía de sus actos ilícitos, aunque todavía no le eran aplicables las leyes criminales.

El derecho moderno debía emanciparse de estas antiguas clasificaciones, que no tienen un fundamento general para los individuos de todas las naciones. Respecto á la mayor edad, ya muchos Códigos han señalado otro número de años que el del Derecho Romano, y el de Partidas señalaban diez años y medio.



hechos involuntarios se causare á otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido (art. 907); esta es la única acción directa que se concede contra el incapaz; pero quedan, sin embargo, á salvo los derechos de los perjudicados, á la responsabilidad de los que tienen á su cargo personas que obren sin el discernimiento correspondiente (art. 908), quienes los indemnizarán en la medida de la responsabilidad que la ley les atribuya.

Cuando se trata de la responsabilidad de los actos se debe tener presente, que para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, ó la facultad

(**Art. 907.**) Este artículo se refiere á los hechos involuntarios, es decir, á los ejecutados sin discernimiento, intención, ni libertad, pero en el lenguaje ordinario se entienden por tales, los hechos por personas capaces sin intención de causar daño. Si bien la persona incapaz de cometer un delito ó un acto ilícito no es responsable de sus consecuencias, como son los menores de diez años, los locos y las personas jurídicas, no sería justo que, si hubieran obtenido algún provecho, no lo devolviesen. Así, la persona jurídica que ha guardado en su caja el dinero proveniente de un acto ilícito de los miembros, debe devolverlo, aunque no responda criminalmente. El beneficio recibido por el incapaz que ejecutó el hecho involuntario, debe probarse por el perjudicado, y cuando el incapaz tuviera representantes, como el padre ó tutor del menor de diez años, debe pagar los perjuicios en su totalidad, aunque nada hubiera aprovechado.—Comp. FREITAS, art. 3456 y nuestros arts. 897 y 898.

(**Art. 908.**) Los que han sufrido un perjuicio por un hecho involuntario tienen dos acciones: una contra el mismo incapaz por lo que se hubiere enriquecido; otra contra las personas que lo tengan á su cargo. Los padres, tutores, directores de colegios, dueños de hoteles, en los casos de los arts. 1114 á 1123, responden por los daños ocasionados según las circunstancias, y con las excepciones determinadas allí. El damnificado puede deducir su acción directamente contra el representante del incapaz, quien se indemnizará con aquello en que se hubiere enriquecido este.—Comp. GOYENA, art. 1901 y Cód. FRANCÉS, art. 1384 y nuestros arts. 433, 1114 á 1123.

intelectual de una persona determinada, á no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes (art. 909); así es que, en general, la responsabilidad del hombre inteligente será la misma que la del ignorante, porque no se toma en cuenta la diferencia, para responder por los perjuicios ocasionados.



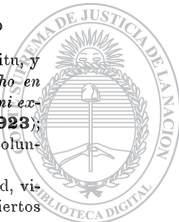
CAPÍTULO PRIMERO

§ 278.—DE LOS HECHOS PRODUCIDOS POR IGNORANCIA Ó ERROR

Cuando no se tiene idea alguna sobre una cosa, hay ignorancia; pero si la idea es falsa ó equivocada, hay error. El Có-

(Art. 909.) Es necesario distinguir los hechos lícitos de los ilícitos. El artículo se refiere á los primeros, dejando para otro título especial los ilícitos. En los actos voluntarios lícitos, unos tienen por objeto la adquisición ó extinción de derecho y otros no; es respecto de estos que las leyes no toman en cuenta la capacidad de los agentes. Es un principio general que el ejecutor de un acto voluntario que perjudica á otro responde de él, sin que tenga influencia alguna la capacidad intelectual del agente por grande ó pequeña que sea. En los contratos donde se supone la capacidad para ejecutar el acto ofrecido, varía de especie; porque se ha estipulado teniéndola en mira, como si el pintor se obliga á hacer un cuadro, ó el arquitecto á construir una casa; en otros casos se supone por el hecho de aceptar el servicio, como si se ofrece dirigir una máquina de vapor. La impericia en una y otra hipótesis, hace responsable al ejecutor. La disposición se aplica á los médicos, abogados, ingenieros, etc., como á los que ofrecieren una competencia especial. La dificultad se encuentra para los primeros, en que no es fácil demostrar la impericia sino en casos muy especiales, y para los segundos en que varían los hechos referidos como ciertos y á los que se aplica el derecho. Cuando el ejecutor del acto ó de una serie de éstos no tenía título profesional, aunque conociera el que recibió el servicio esta circunstancia, no le eximiría de la responsabilidad legal, en caso de imprudencia grave.—Comp. Cód. de Prusia, artículos 24 y 25.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 909.—Cód. de Prusia, lugar citado, artículos 24 y 25.



ligo no hace diferencia entre estos dos estados del espíritu, y por eso dice: *la ignorancia de las leyes, ó el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos* (art. 923); abrazando esta regla por su generalidad todos los actos voluntarios.

El error impide la libre manifestación de la voluntad, viciando el consentimiento, sobre todo cuando se trata de ciertos actos, y principalmente de los contratos; porque es seguro que

(Art. 923.) La ignorancia de la ley ó el error de derecho se consideran con igual significación, aunque son dos estados diferentes del espíritu. En los hechos jurídicos, que no tienen por objeto la adquisición ó pérdida del derecho, el error en nada altera la naturaleza del acto. Si el que trabaja en un campo desocupado, sin dueño, ignora que el fisco nacional ó provincial lo es de todo bien mostrenco, esa ignorancia no hace de mejor calidad su derecho á los frutos. En los actos jurídicos la ignorancia no influye para variar sus efectos: p. e., el mayor de edad que contrata con un menor, ignorando que no puede hacerlo, por esa circunstancia no mejora su posición. La ignorancia de derecho al ejecutar un acto jurídico, no altera la naturaleza de él, y si el obligado por una deuda mancomunada la pagase en su totalidad, ignorando que sólo debe una parte, la acción para repetir lo pagado vendría del error de hecho, al suponer como verdadera una relación que no existe. En los actos ilícitos, la responsabilidad del agente es la misma, conozca ó no la prohibición. En nuestro Comentario al título de contratos, n° 96, expusimos la verdadera teoría.

La renuncia general de las leyes creadas en mira del interés público, como la del dolo, la del estado de familia, etc., son de ningún valor, y la ignorancia no puede protegerla.—Comp. FREITAS, artículos 453 y 456.

Cuando se dice que el error de derecho no impide los efectos legales de los actos lícitos, no se quiere expresar que las obligaciones contraídas ó los hechos ejecutados en virtud de un error de derecho no den lugar á acción alguna y deban considerarse como irrevocables; no, porque el acto ejecutado en virtud de un error de derecho da lugar á repetición, como p. e. en el pago. La regla de Bruselles «cuando la ignorancia es invocada con objeto de aprovechar de los derechos que la ley concede ó protege, puede servir de base una demanda de

una de las partes no se habría obligado si hubiera conocido la verdad.

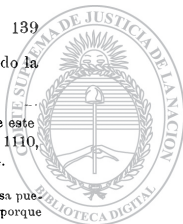
restitución,» tiene perfecta aplicación explicando el alcance de este artículo.—Comp. ROGRON, al art. 1110. LAROMBIÈRE, I, al art. 1110, n° 22, y los autores allí citados.—Véase nuestra nota al art. 784.

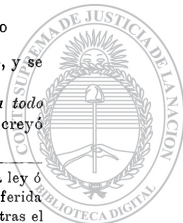
Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 293.—La noción exacta de una cosa puede faltar, dice Savigny, ya porque no tengamos ninguna idea, ó ya porque tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo error. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una ú otra expresión. Los juriconsultos han adoptado la segunda, porque, respecto á las relaciones de derecho, el error se presenta más de continuo que la simple ignorancia. Esta fraseología no ofrece ningún inconveniente desde que es entendido que todo lo que se dice del error se aplica á la ignorancia.—Cap. 3, *Origen y fin de las relaciones de derecho*, y apéndice 8, al principio.—Respecto al artículo, L. 20, Tit. 1, Part. 1ª.—L. 31, Tit. 14, Part. 5ª.—L. 24, Tit. 22, Part. 3ª.—Los artículos 1 y 2 del Título Preliminar de las Leyes.—L. 1, Tit. 6, Lib. 22, Dig.—L. 12, Tit. 18, Lib. 1, Código Romano.—Véase Cód. Francés, art. 1110.—Sardo, 1196 y 1197.—Holandés, 1357.—De Luisiana, 1813.—Este último Código trae veintidós artículos sobre el error.

Savigny en el apéndice 8º que se encuentra al fin del tom. 3º, *Del Derecho Romano*, ha tratado extensamente sobre el error de hecho ó de derecho, entrando en las cuestiones tan debatidas por Cujacio y Vinnio. El apéndice de Savigny es el más ilustrado tratado que puede estudiarse sobre la materia.

En estos últimos tiempos el juriconsulto Pochanmet ha escrito un tratado especial sobre el error, entrando en el exámen de las doctrinas asentadas por Vinnio, Savigny y Cujacio. Este es un trabajo lleno de ciencia y de buen juicio en la interpretación de los textos del Derecho Romano. Tomamos de él el párrafo siguiente, que enseña y explica la doctrina del artículo. Dice así:—«El error de derecho no excusa jamás, no puede tener el efecto de hacer declarar como no sucedida una obligación perfecta, según las leyes, ni hacer renacer un término legalmente vencido. En los casos siguientes, por ejemplo, no es admisible la alegación del error de derecho: Yo he cometido un delito, y para disculparme me excepciono con mi ignorancia de la ley penal.—Hereditario legítimo, he aceptado una sucesión pura y simplemente, y pido ser librado de mi aceptación, porque ignoraba que el heredero fuese obligado á pagar las deudas de la sucesión *ultra vires hereditatis*.—Yo demandó la resolución de un contrato de venta, porque siendo el vendedor, ignoraba que la ley me imponía la obligación de saneamiento. El sentido de la máxima *error juris nocet* es bien claro: al que quiere substraerse á la aplicación de una ley de policía, al que pretende escapar de las consecuencias legales de un acto jurídico regular y válido, al que procura salvarse de un término vencido, alegando su ignorancia del derecho, le oponemos la regla *error juris nocet*.

«La prueba del error de derecho no puede admitirse siempre que se quiera bajo pretexto de error de derecho, eludir una disposición legal que cree una obligación, pronuncie una nulidad, ó el vencimiento de un término. La ley, el dere-





Hay errores que anulan por completo el acto jurídico, y se encuentran en este caso:

a) *El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él (art. 924);* como si una de las partes creyó vender una cosa, y la otra la tomó en donación.

(Art. 924.) El error de derecho existe, cuando se ignora la ley ó se la conoce imperfectamente y se renuncia á una facultad conferida por ella, ó se reconoce en otro un derecho que no tenía; mientras el

cho, se suponen sabidos desde que son promulgados, y esta disposición, base del orden social, no puede admitir que á cada individuo le sea permitido probar que ignoraba la ley.—*Revista crítica*, tomo 8, pág. 177, y tomo 9, pág. 178.

Bresolles, sabio jurisconsulto francés, ha tratado últimamente todas las cuestiones sobre el error de derecho, combatiendo muchas de las opiniones de Cujacio y Savigny, y concluye estableciendo dos reglas que también confirman la disposición de nuestro artículo.

Regla 1ª.—La ignorancia de la ley no puede servir de excusa siempre que es invocada para substraerse á obligaciones que impone, ó las penas que pronuncia contra sus infracciones.

Regla 2ª.—Cuando al contrario, esta ignorancia es invocada con objeto de aprovecharse de los derechos que la ley concede ó protege, puede servir de base á una demanda de restitución.—*Revista Wolowski*, año 1843, tom. 2, pág. 158.

Rogron, en una larga nota al artículo 1110 del Cód. Francés, sostiene que el error de derecho puede ser invocado como una causa de nulidad del acto, cuando el error lo ha motivado, ó cuando el acto tiene por fundamento un error de derecho, porque entonces la obligación, el contrato ó el acto quedan sin causa.

Este es un error esencial, y por consiguiente, exclusivo de la voluntad de los que han celebrado el acto jurídico. Si yo prometo á alguno prestarle una cosa, y él entiende que se la dono, yo no estoy en manera alguna obligado.

Si yo, por ejemplo, quiero hacer una donación á una persona determinada, pero que no conozco, y se me presenta otra, ó si quiero encomendar una obra á un artista determinado, y otro se da por el artista que busco, en ambos casos, dice Savigny, hay una declaración de voluntad sin intención. Muchos autores han querido restringir el principio á los ejemplos puestos ú otros semejantes, y no invalidar el acto cuando la sustitución de las personas no compromete ningún interés. Pero la generalidad del principio es indudable, aunque muchas veces después de descubierto el error, se le ratifique expresamente. Las decisiones del Derecho Romano no dejan sobre esto duda alguna. En efecto, cuando compro ó vendo una cosa, la persona del vendedor ó del comprador me es comúnmente indiferente; pero otra cosa puede ser á causa del derecho de evicción que compete al comprador, ó de su insolvencia. En materia de préstamo, la persona del deudor tiene la mayor importancia: la del acreedor menos. En la locación, no es tampoco indiferente la persona del locatario, y así en los demás contratos.—Véase Savigny, *Derecho Romano*, § 136.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 923—Ligno-



b) *Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo á la persona, con la cual se forma la relación de derecho (art. 925), cuando resultase que ésta ha sido el motivo principal*

error de hecho, se refiere á las circunstancias materiales de la convención, como si el fiador ha pagado la deuda afianzada, cuando se encontraba extinguida. El error de hecho puede versar sobre el acto mismo, sobre las personas ó la causa principal ú objeto de él, como lo veremos en el artículo siguiente. El error sobre la naturaleza del acto mismo es esencial y lo anula por completo, pues falta el elemento primordial, que es el consentimiento. Si vendo una cosa y el otro la acepta como donación, no ha podido formarse el contrato; porque hay una oferta de venta sin aceptación, y hay la aceptación de una propuesta no hecha. Freitas, dice: «habiéndose hecho, en vez del contrato que se quería hacer, un contrato diverso.» Maynz, § 286, agrega: «las palabras, naturaleza del contrato, se emplean para expresar lo que entendemos, al decir sirviéndonos de una locución más exacta y general: la prestación misma»; porque en realidad la prestación se cambia; así, como si se creyó locar una cosa y el otro la entregó en venta. Savigny (Der. Rom., § 136,) agrega: «entre los casos de error esencial, y por consiguiente, exclusivo de la voluntad, el primero y más evidente es el que se refiere á la naturaleza misma de la relación jurídica», porque en realidad la relación no se ha formado, pues faltan los elementos que la constituyen. Cuando la naturaleza del acto fuera la misma y variase solo en las circunstancias que lo acompañan ordinariamente, será una cuestión de hechos. Si he prestado una cosa gratuitamente y el otro la toma en arrendamiento, aunque el contrato no es el mismo, será mantenido según las circunstancias ó declarado nulo, si el arrendatario no aceptara el préstamo gratuito.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1110. FREITAS, art. 1859, n° 1. Cód. DE CHILE, arts. 1453 y 1454.

(Art. 925.) El error sobre la persona es esencial, cuando se buscan condiciones especiales, como en la locación de servicios donde se exige

raucía del derecho, no excusa la temeridad que importa la falta de prueba, y corresponde la absolución del demandado, con costas al actor.—Jur. Civ. VI, 315, Sér. 4°.

El error en la acción no altera el término que la ley fija para deducirla y el embargo debe ser levantado, acusada que sea la correspondiente rebelde.—Jur. Civ. III, 372, Sér. 4°.

La nulidad de un acto jurídico fundada en el error de hecho ó de derecho, debe ser probada por el que la demanda.—Jur. Civ., IX, 370, Sér. 4°.

pal y determinante de la acción, como en el matrimonio donde la persona es esencial, ó en los actos á título gratuito; pero deben exceptuarse los casos en que la persona fuera indiferente.

la competencia; en el matrimonio donde la persona forma la esencia del contrato, y otros semejantes. Mantenemos la opinión de nuestro *Comentario de contratos*, n° 101 y sig., de que el principio del artículo debe restringirse al error sobre la persona, cuando la consideración de ésta ha sido la causa principal del acto jurídico. No creo, como algunos, que se debe aplicar de una manera absoluta, pues ni el artículo ni la nota autorizan semejante inteligencia. Savigny, de donde se ha tomado la nota á este artículo, nos da clave de esta interpretación, cuando dice: «si en un testamento se nombra heredero, mientras setenia presente de un modo cierto á otra persona con la cual se confundió, la institución no es válida. La nulidad del matrimonio en semejantes condiciones no es dudosa. Del mismo modo es nula la obligación contractual, cuando una de las partes cree tratar con una persona distinta»; así cuando hago una donación á una persona á quien conozco sólo de nombre, y entrego la cosa á otra; si quiero encomendar una obra á una artista determinado, y otro sustituyéndolo hace el contrato, en todos estos casos el error sobre la persona anula el acto jurídico. El Dr. Vélez Sarsfield en la nota tomada de Savigny no admite que el error sobre la persona anule siempre el contrato, pues más adelante enseña que cuando esta sea indiferente, el error en nada afectará la validez del acto. En efecto, si en la donación ó el préstamo, el error sobre la persona puede anular el contrato, en la venta al contado el comprador es indiferente. No es exacto que cuando el contrato se anulare por error de la persona, el que pide la nulidad deba pagar los daños y perjuicios al que con buena fe contrató; esto equivaldría á ejecutar el contrato y tenerlo por válido. En general, se debe suponer que el error fué ocasionado por la persona misma, que tomó el lugar de la otra conocida. Si quiero encargar un cuadro á un pintor célebre conocido sólo de nombre, y lo hago con otro que se me presenta como si fuera él, el contrato se anularía, pero no sucedería así, cuando no hubiera engaño, ó si se alegase que se había querido confiarle á otro, sin haberlo manifestado; admitir lo contrario, sería atacar por su base la estabilidad de los contratos. Freitas, art. 1859, n° 2, condensa la verdadera doctrina de este artículo al decir: «se anulará, cuando se contratase con otra persona, si la consideración de ésta hubiera sido la causa principal del contrato». Según el Código Francés, art. 1110,



c) *El error sobre la causa principal del acto, ó sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto (art. 926)*, cuando la causa se hubiese manifestado

el error sobre la persona no anula el contrato; es la regla general, pero se exceptúan los casos en que la consideración de ella sea la causa principal, como sucede en el matrimonio. — Véase LAROMBIÈRE, IX, al art. 1110, n° 9, y nuestros arts. 797, 798, y sobre todo los artículos 2184 y 2289, que son decisivos en favor de la tesis que sostenemos al principio de la nota.

(Art. 926.) El artículo habla de dos clases de errores: 1º, del que versa sobre la causa principal del acto; 2º, del sobre la calidad de la cosa. ¿Qué se entiende por causa principal de un acto? No es el motivo interior que nos mueve á realizarlo, porque este queda oculto, y la ley no lo toma en consideración, sino cuando se manifiesta como una condición. La causa es el fundamento de la obligación ó del contrato; así, la causa de deber es el haber recibido la cosa ó el servicio; por eso se dice, no hay obligación sin causa. La causa en los contratos bilaterales está en cada uno de los contratantes, y en los gratuitos, en la voluntad del que hace ó recibe el beneficio.

Al error sobre la cualidad de la cosa, el Código Francés lo llama error sobre la sustancia, art. 1110, y Freitas, cualidad sustancial, art. 1856, n° 4. Se puede aplicar la nulidad del contrato á las hipótesis de Marcadé copiadas por el Dr. Velez Sarsfield en la nota.

Cualidad principal de una cosa es aquella que la coloca en tal especie ó en tal otra, según exista ó no. Así, en el ejemplo del cuadro de Rafael que he comprado, si resultase ser una copia, hay error en la cualidad principal, y el contrato es nulo; si el que adquirió el cuadro lo tomó creyéndolo de Rafael sin manifestar su intención, no puede anular la compra.

¿Cuál es la diferencia del error sobre la causa, y la falsa causa? En aquella existe la causa, aunque equivocada, y en ésta no. La dificultad de explicar este artículo proviene, de que el error sobre la causa impulsiva declarada viene á confundirse con el error sobre la sustancia de la cosa misma; por eso Freitas, art. 1859, n° 4, dice: «el error que versare sobre la cualidad sustancial de la cosa, si la consideración de esa cualidad hubiere sido la causa principal del contrato»; haciendo de esta manera que el error sobre la sustancia sea el fundamento de la nulidad, si esta fué la causa final del contrato.



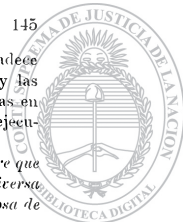


expresamente y fuera la determinante de la acción, como si compro una alhaja diciendo que lo hago, porque ha pertenecido á mi padre, y resulta que no es esa; habiéndose expresado la causa, viene á ser una condición del contrato.

El Código separándolas ha traído esta confusión. En el ejemplo de la nota sobre la compra del cuadro de Rafael, que resulta ser una copia, hay error en la sustancia ó cualidad de la cosa, y en la causa impulsiva declarada. La redacción del artículo autoriza á anular el acto por cualquiera de los dos errores; pero no podrá anularlo, si creyendo el comprador que el cuadro era de Rafael, sin expresarlo, alegase haberlo comprado, porque lo creyó de ese pintor. No se debe confundir el error sobre el motivo que lo impulsa á contratar, con el que recae sobre la causa de la obligación, como lo dice COLMET DE SANTERRE, V, al art. 1110.—Comp. DURANTON, X, n° 110. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE, § 613, nota 16. MARCADÉ al art. 1110, y AUBRY Y RAU, § 345, nota 2, y nuestro *Tratado de contratos* n° 108, y siguientes.—Véase arts. 499, 500, 783, 790, 792, 793 y 8332.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 926.—¿Cómo se distinguirá, pregunta Marcadé, la causa principal del acto, las calidades principales ó sustanciales de la cosa, de las causas accidentales y de las calidades puramente accesorias? La línea de demarcación es indispensable. Nosotros entendemos, agrega, por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer á la otra parte; y por cualidad sustancial de la cosa, toda cualidad que no siendo susceptible de más ó menos, coloca al objeto en tal especie ó en tal otra especie, según que esta calidad existe ó no existe. Así, si he querido adquirir un cuadro de Rafael y se me da una copia, hay un error en la causa principal del acto y en la calidad principal de la cosa. Si mi voluntad era conocida por el que debía darme el cuadro, y él también se engañaba sobre la copia que me entregaba, hay un error de hecho que anula la expresión de la voluntad de ambos, porque era implícita la condición *si el cuadro era de Rafael*. Pero si el que me entregaba el cuadro, conociendo mi voluntad, sabía que no era de Rafael, no hay error verdaderamente, sino dolo superior en sus efectos al error, yo puedo revocar el acto, como hecho por dolo. Pero si el que me da el cuadro me declara francamente que no conoce el autor, y sin embargo, lo acepto, es claro que no podré anular el acto por mi error.—Sobre el art. 1110, Cód. Francés.—Savigny, *Derecho Romano*, tom. 3, desde el § 137. El Cód. de Prusia define lo que debe entenderse por *sustancia* de una cosa, ó por calidades sustanciales, de la manera siguiente: «Todas las partes y todas las propiedades de una cosa, sin las cuales esta cosa cesaría de ser lo que ella representa, ó de concurrir al fin para el cual es destinada, forman la sustancia de la cosa.

«No hay cambio en la sustancia de una cosa, aun cuando algunas de sus partes fuesen cambiadas, si la cosa queda la misma, y no se encuentra ni aniquilada ni impropia á su destino.» Arts. 4 y 5, Tít. 2, Lib. I.



El error sobre la causa, se diferencia del que se padece sobre la cosa, en que éste mira al elemento material y las propiedades que la distinguen en su naturaleza, mientras en el otro, el elemento moral es el que nos ha inclinado á ejecutar el acto.

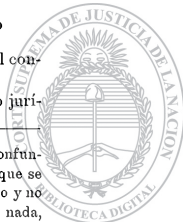
d) *Anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar, ó sobre una cosa de diversa especie, ó sobre una de diversa cantidad, extensión ó suma, ó sobre un diverso hecho (art. 927);* porque la voluntad de las

(Art. 927.) El error sobre el objeto individualizado, se llama «error in corpore» y tiene lugar en el caso de la ley 9, tit. 1, lib. 18, Dig.: «cuando el comprador ha creído comprar el esclavo Stichus, mientras el vendedor le ha vendido el esclavo Panfilo, que estaba ausente, la venta es nula, porque no hay consentimiento sobre la cosa». Pero si la individualización del objeto era indiferente al comprador, el contrato sería válido.

Cuando la cosa objeto del contrato fuera de diversa especie, como si comprando maíz se hubiera vendido cebada, el consentimiento se encontraría viciado en sus fundamentos, pues habría una propuesta no aceptada y una aceptación sin propuesta.

Si el error es sobre la cantidad, como si uno ofrece cien fanegas y otro quiere cincuenta, lo que sucede en los contratos por correspondencia, habiendo coincidido la voluntad en la cantidad menor, el contrato se considera válido por ésta, á no ser que de las circunstancias especiales resultare que la cantidad hubiera sido una condición esencial, véase l. 1. § 4, tit. 1. lib. 45, Dig. Cuando el error sobre la cantidad es una prestación recíproca, dice Savigny, es necesario distinguir, si el que debe dar la cantidad dudosa la estimó en más ó en menos que la otra parte contratante; en el primer caso, el contrato será válido, como si ofrezco en arrendamiento mi casa por cien y la aceptáis por doscientos, valdrá por los cien en que la voluntad de ambos concidió; si por el contrario acepté por cincuenta, habiéndome pedido cien, no habrá contrato.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 926. — Debe declararse nula una convención cuando existe error sobre la calidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente en vista y hace á la sustancia misma de la cosa.—Jur. Civ., III, 282, Sér. 2°.



partes no ha estado conforme sobre el objeto principal del contrato, y éste no se habría realizado.

Fuera de los casos expresados, el error no anula el acto jurí-

Estos errores sobre la cantidad en los contratos no deben confundirse con los de los testamentos; si se han legado los mil pesos que se encontraran á la muerte de una persona en un lugar determinado y no hay sino quinientos, no se debe sino la cantidad encontrada, y nada, si no hubiere cantidad. Si el error se refiere á la extensión del área vendida, el contrato se puede anular cuando el exceso ó la diferencia fuere de un vigésimo del área total, arts. 1345 y 1346. Comp. SAVIGNY, *Der. Rom.* § 136. MAYNZ, § 285, notas 6 y § 286, texto y notas 6 á 8. FREITAS, art. 1859, n° 3 y nuestro *Tratado de contratos*, n° 121 y siguientes. Véase arts. 790, 1345, 3350, n° 3 y 3764.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 927.—El error sobre el objeto del derecho reviste formas más variadas que el error sobre la persona, y presenta por esto más dificultades. Si la relación de derecho tiene por objeto una cosa designada individualmente, y hay equivocación sobre la individualidad, el error es *error in corpore*. En tal caso, no hay evidentemente acto jurídico. Un testador quiere legar una cosa, y la confunde con otra que designa, el legado no es válido ni respecto de la una ni respecto de la otra cosa. Este principio es aplicable á todos los contratos.

El objeto de la relación de derecho que dé lugar al error, puede ser una cosa determinada sólo por su especie ó su cantidad. Si el error cae sobre la especie misma de la cosa, el caso es igual al del error *in corpore*. Por ejemplo, en una venta de granos, el vendedor ha entendido que se trata de cebada y el comprador de trigo. Si la equivocación es sólo sobre la cantidad, error muy común en los contratos por correspondencia, ó esta cantidad es el único objeto del contrato, ó ella se refiere á una prestación recíproca; en el primer caso, se considera como verdadero objeto del contrato la cantidad menor, porque efectivamente hay acuerdo respecto á ella (L. 1, Tit. 1, Lib. 45, Dig.); en el segundo caso, es preciso distinguir si el que debe dar la cantidad dudosa ha creído que era más grande, ó menor que la que exigía la otra parte contratante; si él ha querido una más grande, el contrato es válido por la cantidad menor; si ha querido la menor, no hay contrato. La Ley Romana dice: «*Si descem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sencero tu pluris te, conducere, utique non pluris erit conductio quam quanti ego putavi.*» Véase L. 21, título 5, Part. 5ª.—Savigny, tom. 3, § 136.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 927.—El error en la designación del número que corresponde á una finca vendida en remate sin intervención del deudor, anula la venta.—Jur. Civ. VI, 140, Sér. 1ª.

El error de hecho sobre la ubicación del terreno materia del contrato, anula el acto, mientras no se justifique la existencia del dolo.—Jur. Civ. II, 967, Sér. 3ª.

dico, por eso dice el (art. 928): *el error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, ó sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, á no ser que la calidad, erróneamente atribuida á la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte, ó que el error proviniese de dolo de la parte ó de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el*

(Art. 928.) La calidad accidental no altera la naturaleza de la cosa, ni la saca de la especie á que pertenece, ni es necesaria á su existencia: p. e., en las joyas de oro, sería calidad accidental el número de quilates; en géneros de seda, sería accidental la mejor ó peor calidad, y el contrato no se anularía, aunque la cosa fuera de una calidad inferior á la deseada. Si la calidad accidental se ha garantido, el contrato toma una forma especial, puede anularse no siendo la cosa de la calidad convenida, exigirlos daños y perjuicios, ó pedir se entreguen las cosas de la calidad garantida. Cuando la calidad ó cualquier accesorio de la cosa, tuviera el carácter expreso de una condición, se podría demandar la nulidad del contrato, si la condición no se cumpliera, y á más los daños y perjuicios. Cuando el error sobre la calidad accidental proviniese del dolo de la parte ó de un tercero, viciaría el acto, sólo cuando no se hubiera realizado sin esa circunstancia; pero en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho. Freitas divide estas hipótesis en números separados, comprendiendo en uno los arts. 790, 858 á 860.

El motivo determinante se toma por la causa impulsiva que permanece generalmente oculta en nuestro interior, y que no debe confundirse con la causa principal del acto. Cuando se garante la calidad de la cosa, los jueces tendrán en cuenta que cualquiera que sea la importancia de la calidad garantida por uno de los contratantes, el contrato se anulará, porque esa calidad viene á ser una cláusula sustancial del contrato.—FREITAS, arts. 1860 y 1861. DURANTON, X, n° 114. TROPLONG, *Venta*, II. 15 y II, n° 55. LAROMBIERE, I. art. 1110, n° 3.—Véase arts. 932 y 2167.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 928.—Véase sobre las cualidades accidentales de las cosas, L. 10, Tít. 2, Part. 4°.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 928.—Si las condiciones de la cosa comprada no han sido motivo determinante del contrato, ni tampoco se ha hecho de ellas mención especial, su inexistencia no puede fundar la nulidad por error ó dolo.—Jur. Civ. II, 406, Sér. 5°.





acto no se habria celebrado, ó cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, ó cualquiera otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición (art. 928); porque en todas estas hipótesis la calidad accidental ha sido el motivo ó la causa determinante de la acción. En la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho que se resolverán según la prueba.

Se dijo que el error de derecho á nadie escusaba, pero esta regla no rige para el error de hecho (que) *no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable (art. 929),* como si fuera el hecho propio.

(Art. 929.) El error de hecho consiste en creer en que un acontecimiento ha sucedido, sin haber tenido lugar, ó cuando se cree que no ha sucedido habiéndose realizado. La regla de derecho es: *error juris nocet, error facti non nocet;* pero es necesario examinar si el error es excusable, pues nadie puede ignorar sus propios actos, ni es permitido alegar la ignorancia del hecho propio.

En el error de derecho existe una presunción contra el agente, pues todos deben conocer la ley; en el de hecho la presunción es en su favor, y sólo en caso de una negligencia culpable podría perjudicarlo. Cuando entregué el legado revocado por un testamento posterior, ese error no me perjudica y puedo reclamar la cosa. Si entregué la cosa ofrecida bajo condición suspensiva, en la creencia de que la condición se ha cumplido, siendo cierto que no se cumplirá, ese error tampoco me perjudica; pero si el error se refiere á un hecho mío, sea personal ó que otro haya ejecutado interesándome directamente, no lo podré invocar. En principio, habrá razón para errar, cuando no hay gran negligencia. Para juzgar sobre la negligencia no hay otra regla de criterio que la dada por el art. 512. Las cuestiones que pueden ocurrir en la aplicación de estos principios son de hecho y quedan al arbitrio de los magistrados.—Comp. FREITAS, art. 1862, MERLIN, *Reperitorio*, Vo., *Error*, § V y SAVIGNY, *Der. Rom.*, § 136 y *Apéndice* 8, n° 3, y nuestros arts. 790, 922 y 3315.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 929.—L. 14 al fin, Tít. 29, Part. 3°. Se da por motivo, dice Savigny, del favor concedido al error de hecho, porque comúnmente es difícil y aun imposible el evitarlo: *cum facti interpretatio*, dice la Ley Romana, *plerumque etiam prudentissimos fallat*. (L. 2, Tít. 6, Lib. 22, Dig.) Por con-

En los actos ilícitos la ignorancia ó error de hecho sólo excluirá la responsabilidad de los agentes, si fuese sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito (art. 930), y no sobre las consecuencias; como si se ejecutase un acto encargado por otro, que encubriese un delito, sin que el acto en sí mismo lo fuera.

(Art. 930.) Entiéndese por el hecho principal que constituye el acto ilícito, dice Freitas, art. 5465, aquel que esencialmente lo caracteriza según su clasificación legal, y no cualquiera otra circunstancia ó accesorio, sin el cual el acto ilícito puede existir. En todo este capítulo el Código se ha referido á los contratos; pero sus disposiciones se aplican á los actos jurídicos que vician el consentimiento. El artículo comprende la responsabilidad civil de la que se encuentra libre el agente de un acto ilícito, cuando hubo error sobre el hecho principal: como si circulo un billete falso que he recibido, sin saber que lo era. Para librarme de la responsabilidad, debo demostrar la ignorancia del hecho, como dice Freitas, arts. 464 y 465. En el mandato ilícito que se ejecuta sin saber que lo era, tenemos un ejemplo de la aplicación de este artículo; así, cuando se me ordena tomar y vender una cosa, que había sido ajena, el mandatario no responde por el hecho ilícito.— Véase art. 1891.

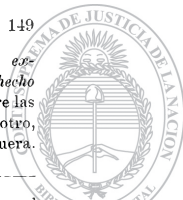
siguiente, este favor no debe concederse al que es culpable de una gran negligencia (L. 3, 1.—L. 6, § 2, Dig. *ead.*) Para hacer la aplicación de esta disposición restrictiva, es necesario tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso. En general, el que se engaña sobre sus propios actos, ó sobre su propia capacidad de derecho, no puede invocar este error, porque él supone una gran negligencia (L. 3, Dig., *ead.*—L. 42, Dig. *De reg. juris*); pero esto no es más que una presunción, porque semejante error es algunas veces admisible, sea á causa de la posición particular del sujeto, sea á causa de las circunstancias especiales del negocio. (L. 1, § 2, Dig., *ead.*) Apéndice 8, n° 3.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 929.—La adulteración de una letra con agregación de palabras que no altere su contesto, es imputable al firmante por no haber tomado sus precauciones al tiempo de firmarla inutilizando los espacios en que pudieron ser agregadas.—Jur. Com., IV, 256.

La nulidad de la venta no puede ser demandada por el causante del vicio que alega como fundamento de su acción.—Jur. Civ., VI, 82, Sér. 3°.

El error de hecho sobre la ubicación del terreno materia del contrato, anula el acto mientras no se justifique la existencia de dolo.—II, 367, Sér. 3°.

La inexistencia del error de hecho que se invoca como fundamento de la acción, hace procedente el rechazo de la demanda.—III, 281, Sér. 3°.



CAPÍTULO II

§. 279.—DE LOS HECHOS PRODUCIDOS POR DOLO

El dolo con que se engaña á una de las partes para inducirla á ejecutar un acto jurídico, vicia el consentimiento y hace anulable el acto. Se entiende por *acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, á toda aserción de lo que es falso ó disimulación de lo verdadero*. (como) *cualquier artificio, astucia ó maquinación que se emplee con ese fin (art. 931)*; pero es necesario

(Art. 931.) El dolo vicia el consentimiento en los contratos como en los actos jurídicos; y tiene por objeto engañar á una persona para hacerla ejecutar ó abstenerse de realizar un acto. La disimulación, el embuste, la intriga, la sorpresa, ó la sujestión, etc., son los medios empleados para decidir y obtener la ejecución de un acto. El dolo tiene por objeto inducir en error; pero no se confunde con éste. Si el error es el resultado de la ignorancia de un hecho, sólo vicia el consentimiento cuando se refiere á las calidades sustanciales de la cosa; pero si fué producido por el dolo hace anulable el acto, aunque las calidades accidentales ó accesorias, no hayan sido la causa determinante. El dolo puede ser cometido por el mismo contratante ó por un tercero; en ambos casos vicia el consentimiento. El dolo puede tener por objeto no la sustancia del acto mismo, sino de encubrir la forma: entonces el contrato es válido, pero da derecho para demostrar la falsa forma dada para evitar responsabilidades, ó para crearlas donde no existían; como si se encubre una venta con una donación para evitar la evicción, ó si se adopta la forma de venta para encubrir una donación y hacerse eviccionar. El dolo que se refiere á la forma, no puede perjudicar á los terceros que hubieren adquirido la cosa.—Comp. FREITAS, art. 470. Cód. Francés art. 1116. POTHIER, *Obl.*, n° 31. LAROMBIÈRE, I, al art. 1116. Mi *Tratado de contratos*, n° 140 y sig.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 931.—La Ley Romana define el dolo: *Omnis calliditas, allatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita* (L. 1, § 2, Dig. De Dolo). Según los intérpretes, *calliditas* significa la disimulación artificiosa: *fallatio*, el lenguaje embustero; *machinatio*, la intriga urdida para conseguir el objeto. Esta definición abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar. La definición de la Ley de Partida casi es igual: *Chantamiento*, dice, *que acen algunos omes los unos á los otros por palabras mentirosas, e encubiertas o coloradas que dicen con intencion de los engañar e de los decibir.*



que el acto jurídico se haya ejecutado cediendo al engaño, para que sea anulable.

Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

1^a *Que haya sido grave;* es decir, que los medios sean apropiados para producir el engaño.

2^a *Que haya sido la causa determinante de la acción;* porque si no lo fué, no se anularía el acto.

3^a *Que haya ocasionado un daño importante;* porque si fuera de poca significación, el agente habría ejecutado el acto.

4^a *Que no haya habido dolo por ambas partes (art. 932);* por

(Art. 932.) La gravedad comprende los medios empleados para engañar, y no como algunos creen, que es sólo para asegurar una cualidad principal de la cosa. El artificio ó engaño debe ser de tal naturaleza que el perjudicado haya debido ceder razonablemente. Es una cuestión de hecho, y los jueces deberán tener en cuenta la calidad de las personas y sus condiciones, para decidir si el engaño ha podido tener lugar, aunque el engañado hubiere usado de aquella prudencia que ordinariamente se emplea. Pothier (Venta, n° 238,) dice: «es una injusticia tender una celada á la libertad que el comprador debe gozar, ocultándole un vicio de la cosa que no hubiera querido comprar por el precio vendido, si lo hubiera conocido». Y Chardon (Dolo y fraude, I, n° 7), agrega: «los hechos que constituyen el dolo deben ser bastante graves para que un hombre sagaz y prudente haya podido ser engañado».

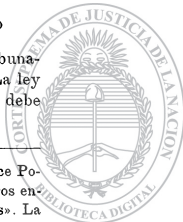
Por la causa determinante de la acción se entiende la *causa del contrato*, diferenciándose del dolo *incidens in contractus* de que se habla en el art. 934.

El dolo comprende el acto mismo, de modo que no hubiera tenido lugar sin el engaño sufrido. La nulidad del acto doloso es una pena impuesta por los medios empleados para engañar, y una indemnización que se extiende á las consecuencias del acto.

L. 1, Tit. 16, Part. 7^a. Falta la expresión correspondiente al *calliditas* de la Ley Romana; pero designando la Ley de Partida las acciones dolosas dice: *La segunda cuando preguntan algun ome sobre alguna cosa e el callase engañosamente*.

Conforme con el art.—Cód. Francés, art. 1116—Napolitano, 1870—Sardo, 1203—Holandés, 1361—de Luisiana, 1811.—Sobre las diferencias entre el dolo y el fraude, Chardon las expone en el tom. 1, pág. 4, *Del Dolo y Fraude*.





que si los dos contratantes trataron de engañarse, los tribunales no deben intervenir para decidir sus diferencias. La ley protege la buena fe contra el dolo ó el engaño, pero no debe defender al engañador.

El dolo debe ocasionar un daño importante, pues como dice Pothier «una persona no sería escuchada si se quejara de esos ligeros engaños que sufre la buena fe de aquel con quien contratamos». La medida de la importancia es una cuestión de hecho, y se apreciará según la naturaleza del contrato y la calidad de las partes; pero no deben quedar á la estimación de la parte engañada, pues sería concederle una facultad que pertenece á los jueces. No creo, como algunos, que la importancia del engaño deba ser de tal naturaleza, que el daño no se pueda remediar sino con la disolución del contrato, porque sería circunscribir, sin razón alguna, la acción de nulidad del engañado; la elección en todo caso debe quedar al perjudicado para ejecutar el contrato recibiendo la cosa y pedir los perjuicios ó rescindirlo. El dolo no debe ser cometido por ambas partes, porque entonces no habría medio de anular el acto, pues el contratante doloso no puede pedir su anulación, y como ambos lo son, resultaría el acto inatacable. Si el dolo fué cometido por el perjudicado no podrá demandar la nulidad, y debe soportar las consecuencias de su propio engaño.— Véase arts. 775, 795, 928, 934, 1067, 1068, 1607, 1608, 2064, 2065, 2146 y 2147.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 932.—Chardón, tom. 1, desde la pág. 11, explica extensamente y con ejemplos las cuatro circunstancias del artículo. Agregó otra, que el dolo haya sido cometido por una de las partes, es decir, que cuando es cometido por un tercero, no es un medio de nulidad del acto. De esto se tratará en uno de los artículos siguientes.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 932.—Otorgadas dos boletas de venta, la aseveración del segundo contratante de ser nula la primera boleta, no justifica la excepción de dolo que el otorgante opone á éste, aunque sea falsa dicha aseveración. (Si hubiese habido dolo ó fraude á los derechos de alguna persona en el acto de la segunda venta, no sería seguramente sino con relación á los del primer comprador, no pudiendo por lo mismo el vendedor prevalerse de esa circunstancia, para pedir la nulidad de tal acto, siendo como es, requisito esencial para ello, no ser participante del dolo ó fraude cometido en el acto que se trata de anular.)—XL, 260.

Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 932.—No puede declararse la existencia del dolo, siempre que antes de consumarse el contrato, la parte que pretende la declaración, pudo tomar los antecedentes necesarios para conocer la existencia de engaño ó artificio.—V. 518, Sér. 2°.



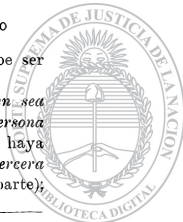
El dolo puede cometerse no sólo obrando positivamente sobre el espíritu de uno de los contratantes, sino ocultando circunstancias que de haberlas conocido, habrían influido para no ejecutar el acto jurídico; así es que *la omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia ú ocultación dolosa* (art. 933); pero el hecho de atenuar ó disimular los defectos de una cosa, ó de atribuirle calidades que no tiene sino en parte, no constituye ni acción dolosa ni una omisión, desde que no se hayan empleado medios fraudulentos para inducirlo á ejecutar el acto.

Se llama *dolo incidente al que no es la causa eficiente del acto. El dolo incidente no afectará la validez del acto: pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado* (art. 934);

(Art. 933.) La omisión dolosa es un verdadero dolo negativo, pues se calla ó disimula un hecho que influye en el ánimo del agente para ejecutar un acto que no habría realizado, si lo hubiera conocido. La cuestión será determinada como reticencia ú ocultación fraudulenta y dará lugar á la nulidad del acto. El Código establece una regla es cierto; pero la dificultad está en la apreciación de los hechos, á fin de averiguar si ella es bastante para que el acto no se hubiera realizado. Esa facultad de apreciación debe quedar en mano de los jueces. Una corte francesa ha decidido, que el silencio guardado por un acreedor que conocía el mal estado de una sucesión, cuando se anunciaba en su presencia á los herederos que la sucesión ofrecía un activo importante, cuya declaración determinó á uno de ellos á aceptarla pura y simplemente, contenía una omisión dolosa. (Corte de Reims, 29 de Agosto de 1837.) Así también se considera como un dolo negativo, la conducta de un litigante que mantenía en error á su adversario, mientras el verdadero poseedor cumplía la prescripción; pero en este caso el acto no puede perjudicar al poseedor que ignoraba las medidas fraudulentas. Demostrada la omisión dolosa, debe probarse además que el acto no se habría ejecutado sin la ocultación. Comp. FREITAS, art. 471. BEDARRIDE, *Dolo y fraude* I, n° 94, y sig. L. 1, tit. 16, Part. 3ª.— Véase arts. 461 y 506.

(Art. 934.) Se dijo que el dolo para anular el contrato debía ser la causa determinante de la acción, y cualquier acto que la hubiese de-

Nota del Dr. Velez: Sarsfield al art. 933.—Las citas del art. 928. Véase L. 1, Tit. 16, Part. 7.



porque todo acto que ocasiona un perjuicio á otro debe ser resarcido por el ejecutor.

El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, ó bien provenga de tercera persona (art. 935, 1ª parte); porque de cualquier modo que se haya producido ha viciado el consentimiento. Si proviene de tercera persona, regirán los arts. 941, 942 y 943 (art. 935, 2ª parte).

terminado no lo anularía. Así, el dolo incidente es el empleado en una negociación ya realizada y que puede disminuir el valor de la cosa. El ejemplo de la ley 57, tit. 5, Part. 5ª, citada en la nota del Dr. Vélez Sarsfield, da una idea completa del dolo incidente. Si quisiera vender una propiedad que no conozco, y el comprador me ocultare algunas cosas que le habrían dado más valor, la venta sería válida, pero tendría derecho para hacerme pagar el importe de lo ocultado. El daño causado por el dolo incidente se determinará por lo que resultare de la prueba. Es una cuestión de hecho. —FREITAS, art. 473.

(Art. 935.) Se dijo en la nota del art. 932, que el acto era irrevocable cuando el dolo existía en ambos contratantes; si es cometido por un tercero, la situación respectiva debe ser estudiada bajo una nueva faz. Cuando uno de los contratantes ignoraba completamente las sugestiones más ó menos interesadas del tercero, para que el otro se decidiera á realizar el acto, no habría razón para decidir la nulidad de él. Aceptar la teoría contraria sería minar por su base la estabilidad de los contratos. ¿Cómo puede responder el vendedor de una cosa, de los motivos ocultos que han movido al comprador para venir á solicitar su compra? ¿Ni qué responsabilidad puede tener del engaño que un tercero hubiere cometido para inducirlo á comprarla? Si esta teo-

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 934.—El dolo que da causa al contrato sucede, dice la Ley Romana, cuando *nullatenus contracturus si dolus defuisset*. Dolo incidente *cum quis sponte contrahit sed in modo contrahendi velut in pretio aut aliter decipitur*. La Ley de Partida 57, Tit. 5, Part. 5ª, tiene sólo el objeto de distinguir el dolo que da causa al contrato, del dolo incidente, y lo hace de la manera más clara con el ejemplo que pone, resolviendo que el dolo que da causa al acto lo hace anulable, y que el dolo incidente obliga sólo á satisfacer el perjuicio.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 934.—La falsedad parcial no invalida el documento en que consta la obligación.—Jur. Com., I, 134. Sér. 2ª.

es una teoría muy peligrosa, pues ataca la estabilidad de los contratos.

ría era aceptada, cuando se trataba de la violencia ó del miedo, como lo enseña el art. 941, es porque falta la libertad de acción material, necesaria para la manifestación de la voluntad. Pero la disposición del Código es terminante, y se encuentra confirmada por la nota del Dr. Velez Sarsfield, en que se decide por la opinión contraria sostenida por Freitas, art. 478. Se ha dado demasiada importancia á la manifestación libre del consentimiento, como si todo lo que rodeara á la persona en el mundo exterior, no influyera sobre su espíritu para decidirlo á ejecutar ó no una acción. Lo natural y justo habría sido seguir la relación de derecho creada entre el tercero que engaña y el contratante engañado, dándole á éste acción para repetir los perjuicios del engañador, y no declarar nulo el acto, poniendo en relación de derecho á dos personas que no han tenido punto de contacto. Las leyes romanas autorizaban al engañado para reclamar el perjuicio del engañador dejando subsistente el acto l. 8 y 18, § 3, tit. 3, lib. 4, Dig. y Maynz, 287, texto y nota 23. Mientras subsista la teoría enseñada por el Código, tan peligrosa para la estabilidad de los contratos, es necesario limitarla en sus consecuencias, restringiendo el radio de su acción. El dolo del tercero tendrá los mismos caracteres del dolo entre las partes; y sólo debe aplicarse á los actos entre vivos, ser grave, haber sido la causa determinante de la acción y ocasionado un daño importante. Cuando se trate de cualidades accesorias ó del modo de cumplir el contrato se le debe considerar como incidente, dando derecho para reclamar los daños y perjuicios del tercero que cometió el dolo. Si el contrato se anulara por causa del tercero, éste estará obligado á resarcir los daños y perjuicios ocasionados. La teoría sostenida por el Código, contra el común sentir de los autores y lo dispuesto por las leyes romanas, es más filosófica que jurídica, y se relaciona con la teoría sobre la violencia, que tan poco responde á las necesidades de nuestra actual sociabilidad, que exige todas las garantías para afirmar la validez de los contratos, que son las bases sobre que descansa la prosperidad de las naciones. Averiguar qué grado de libertad ha tenido el contratante engañado por un tercero, cuando el otro ignoraba el engaño ó la violencia moral bajo la cual procede, es querer descender al fuero interior, y sujetar la forma exterior de la voluntad á una regla de conciencia ó de moral que es ajena á la legislación. Chardon, I, n° 13, dice: «si el dolo por el cual se hubiera realizado un contrato hubiera sido cometido por un tercero extraño á la convención, que





CAPÍTULO III

§. 280—DE LOS HECHOS PRODUCIDOS POR FUERZA Ó TERROR

Los actos jurídicos pueden ser anulados por falta de libertad, y así como los hechos no jurídicos no traerán responsabilidad para los agentes, si fueron forzados á ejecutarlos; por eso es necesario dar una regla para conocer cuándo *habrá falta de libertad en los agentes*, y la ley dice, *cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible (art. 936)*, ya sea por la intimidación,

por malignidad ó especulación lo hubiera concebido y ejecutado, sin que la participación de uno de los contratantes estuviera demostrada, la convención sería obligatoria para ellos, salvo la acción de la parte lesionada por los daños y perjuicios contra el culpable del dolo. Esta regla elemental del antiguo derecho es renovada por el art. 1116, que no habla sino de las maniobras de uno de los contratantes contra el otro». Apoyan esta teoría casi todos los autores y puede verse á LAROMBIÈRE, al art. 1116, n° 8. DURANTON, X, n°s 177 y 178. AUBRY y RAU, § 343, *bis*, texto y notas 26 y 27. DEMOLOMBE, XXIV, n° 186. CHARDON, l. c. BEDARRIDE, l. c., n° 84. GOYENA, art. 992. Cód. DE CHILE, art. 1458. Leyes 8 y 18, § 3, tít. 3, lib. 4, tít. 14, lib. 50 y 3, § 2, tít. 6, lib. 11, Dig. Sólo FREITAS, arts. 478 y 479 apoya la teoría del Código Argentino.

(Art. 936.) La fuerza irresistible que vicia el consentimiento de los actos jurídicos, quitando la libertad al agente, puede producirse por medio de la fuerza misma, usada inmediatamente contra la persona por un constreñimiento corpóreo, reduciéndolo á instrumento pasi-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 935.—Así está dispuesto en el art. 942 respecto á los actos ejecutados por violencia ó intimidación. Los autores en general no dan este efecto al dolo de un tercero, y con ellos está conforme Goyena, art. 992. La razón es de muy poco peso. Dicen que la violencia quita la libertad al consentimiento, mientras que el dolo no impide que las partes hayan consentido libremente; pero debia decirse que han consentido engañadas sobre la causa principal del acto. Tampoco la violencia quita la libertad, rigurosamente hablando, porque ha podido elegirse el mal mayor. En nuestras leyes, cuando el dolo da causa al acto, no se hace diferencia si es causado por una de las partes ó por un tercero.

sea por la fuerza que reduzca al agente á instrumento pasivo del acto.

Habrá intimidación, cuando se inspire   uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra   bienes,   de su cónyuge, descendientes   ascendientes legítimos   ilegítimos (art. 937),

vo del acto,   por la intimidación, sea corpórea cuando se hacen ofensas físicas al agente, para obligarlo   realizarlo     abstenerse,   por medio de amenazas injustas de inferirle un mal inminente y grave en su persona, honra   bienes, en los de su cónyuge, ascendiente   descendiente. En nuestro *Tratado de contratos*, n  158 y sig., hemos estudiado extensamente esta materia.—Comp. FREITAS, art. 487 y sig.

La falta de consentimiento se encuentra más bien (como dicen Aubry y Rau,   343 bis, nota 10) en el temor mismo, inspirado por la violencia, y no en ésta. Cuando la falta de libertad del agente proviene de la fuerza «inmediata» que lo reduce   instrumento pasivo del acto, como si tomo la mano para hacerle firmar el contrato, entonces no hay absolutamente consentimiento, el acto es nulo; cuando, por el contrario, el acto se ejecuta por temor   la amenaza,   por haber sufrido ofensas físicas, entonces el consentimiento sólo existe viciado y el acto puede ser anulado por el que sufrió la ofensa. Fuerza «irresistible» en el sentido de la ley, es aquella que no ha podido hacer cesar la persona, ya sea valiéndose de sus propios medios, ya de la autoridad   la que no ha podido ocurrir; no se podrá alegar fuerza cuando la persona violentada era notoriamente más fuerte; así, un niño no podrá hacer una fuerza irresistible   un hombre, pero son cuestiones de hecho que los jueces resolverán.—Comp. las leyes 1 y 2, tít. 2, lib. 4, D g., y las del tít. 20, lib. 2, C d. Rom., FREITAS, art. 487 y sig.

(Art. 937.) La amenaza   intimidación se diferencia de la fuerza, en que ésta es inmediata y se relaciona con un constreñimiento físico, mientras aquélla comprende hechos que se ejecutarán, si se realiza   no el acto jurídico. Cuando han cesado las ofensas físicas dejando de existir   la celebración del acto, entonces se obra bajo la intimidación,

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 936.—No puede alegarse fuerza irresistible para aceptar la obligación que se clasifica como dolosa, si se justifica que libre y deliberadamente se aprobó, sin intervención del acreedor.—XI, 254, Sér. 3 .

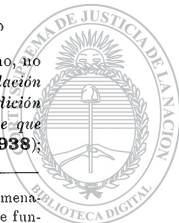


teniendo en cuenta que la amenaza de ejercer un derecho, no puede afectar la validez del acto, y además, que *la intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos ó sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión (art. 938)*;

pues es el temor á un mal mayor el que impulsa al agente. La amenaza debe ser injusta, porque si resultare del ejercicio legítimo de funciones públicas, no anularía el acto; así la amenaza de la denuncia de un delito verdadero ó falso, ni la que resultare del ejercicio de un derecho, ó la que consistiere en promover un proceso civil ó criminal, que tenga ó no derecho para intentar, no anularía el acto. Cuando se amenazare con un mal imposible de ejecutar ó que fuere remoto, ó si fuere posible evitarlo ocurriendo á la autoridad, ó cuando se amenazare con privar de una ventaja ofrecida, entonces la amenaza no anularía el acto. El temor debe ser fundado de sufrir un mal «inminente», lo que excluye el remoto ó futuro «*vani temoris nulla excusatio est*», decía la ley romana, para indicar que el temor debe ser real. El mal que nos amenaza debe ser «grave», y el acto no se anulará por perjuicios de poca consideración. La amenaza de hacer declarar culpable una quiebra no autoriza la intimidación; así lo ha juzgado por la Suprema Corte. Freitas, art. 490, dice: un mal inminente y «verosímil» habiendo sustituido el Código Argentino esta palabra por la de «grave». Con relación á la importancia del mal, es una cuestión de hecho.

El doctor Velez Sarsfield en la nota dice, que este artículo no es limitativo á las personas en él nombradas, sino que puede extenderse á otras que se encuentren estrechamente ligadas con el agente, de modo que pueda ejercer la amenaza contra esas personas una violencia moral, que vicie el consentimiento. Es una cuestión muy delicada, y los jueces deben atenerse al texto de la ley, rechazando su aplicación general, y sólo en casos muy especiales donde exista probada la violencia moral ejercida sobre la persona, se debe conceder la excepción.

(Art. 938.) Será muy difícil establecer principios invariables sobre esta materia, pero es posible determinar el tipo general al que debe responder. Así, será más difícil de intimidar á una persona ilustrada, conocedora de sus derechos, que ha dado prueba de valor y sangre fría, que á un ignorante que no conoce los medios de conjurar el peligro. Se debe tener en cuenta las circunstancias de que venga rodeada la amenaza, haciéndola más ó menos inminente; el carácter enérgico ó



así es que será una cuestión de hechos que se resolverá según la prueba.

débil, contribuye poderosamente á formar el hábito ó profesión de la persona, porque el soldado, p. e., acostumbrado á los peligros, no puede ser intimidado como el religioso. El juez buscará descubrir en medio de las variadas circunstancias de que se encuentra rodeada la amenaza, si el consentimiento ha sido viciado. Freitas, art. 942, agrega como circunstancias que deben consultarse además de la edad y sexo, «las disposiciones físicas ó morales» del violentado, así como cualquier otra que ocurriera con ocasión del acto. La regla de la ley 6, tít. 4, lib. 2, Dig., de que el mal debe ser de tal naturaleza que haga impresión sobre el espíritu mejor templado, ha sido desechada con razón por el Código Argentino.

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 936, 937 y 938.—L. 4, Tít. 11, Lib. 1, F. R.—LL. 58, Tít. 5, 28, Tít. 11, Part. 5^a.—Véase los arts. 1112 á 1114, Cód. Francés.—Napolitano, 1066 á 1068.—Sardo, 1199 á 1201—de Luisiana, 1845 á 1847.—El Tít. 2, Lib. 4, Dig., y el Tít. 20, Lib. 2, Cód. Rom.—La ley 2, del título citado del Digesto, define la fuerza: *majoris rei impetus qui repeti non potest*, y la ley 1, del mismo título define el miedo: *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*.—La l. 15, Tít. 2, Part. 4^a, define la fuerza y el miedo de la manera siguiente: «La fuerza se debe entender de esta manera, cuando alguno aduce contra su voluntad ó le prenden ó ligan. El miedo se entiende cuando es fecho en tal manera que todo ome maguer fuese de gran corazon se temiese de él, como si viese armas ú otras cosas con quel quissiesen ferir, ó matar, ó le quissiesen dar algunas penas, ó si fuese manceba virgen e la amenazasen que yacerian con ella.»

La L. 7, Tít. 33, Part. 7^a, dice: «*Metus*, en latin, tanto quiere decir en romance como miedo de muerte ó de tormento de cuerpo, á de perdimiento de miembros, ó de perder la libertad, ó las cartas por las que se podría amparar, ó de recibir deshonor porque fincaría infamado; ó de tal miedo como este, ó de otro semejante fablan las leyes de este nuestro libro que dicen que pleyto ó postura que ome face por miedo non debe valer.»

La Ley Romana deja á la prudencia del juez el efecto de la intimidación especial por la condición de la persona, su edad ó sexo. *Injuss rei*, dice, *disquisitio judicis est*. Cuando en el art. 937 designamos un mal grave é inminente: es porque se tiene presente más bien el temor de violencia que puede hacerse, que las violencias ya hechas. Si yo me decido á firmar contra mi voluntad un acto que me es perjudicial, es por librarme de un mal que me parece mayor, pues no procurarla salvarme de este mal si hubiera pasado. Las violencias que podría haber sufrido en el momento en que se ejecutó el acto, no obran en mí sino haciéndome temer otras violencias. En todos los casos el temor de un mal futuro, pero inminente, es el que determina la voluntad.

Dicho art. 937 no es limitativo á las personas que en él se designan. Si mi negativa á firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar á un her-





No hay intimidación por injustas amenazas, cuando el que las hace se redujese á poner en ejercicio sus derechos propios (art. 939), ó cuando el que ejecuta el acto lo hace por temor reverencial (que es) el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con su marido, ó el de los subordinados para con su superior, pues, no es causa eficiente para anular los actos (art. 940) desde que han podido resistirse.

(Art. 939.) La amenaza debe ser injusta, y la medida de esa injusticia se regula por el derecho que tenga ó no el que la hace: «*non videtur vim facere, qui juro suo utitur et ordinaria actione expetitur*», dice la regla 155, tit. 17, lib. 50, Dig.; sin embargo, en muchos casos dependerá de las circunstancias especiales en que el individuo se encuentre colocado; así, el que sorprendido en delito de adulterio, p. e., firmara una obligación al marido injuriado para que lo dejara en libertad y le perdonara la ofensa, tendría derecho para anular el acto, porque habría sido hecho bajo la presión de las circunstancias. Ese mismo acto se consideraría ejecutado libremente, cuando lo hubiera realizado sólo bajo la amenaza de ser denunciado ó acusado. La amenaza es injusta, cuando se ha abusado de su derecho, como si se hubiera aprisionado al individuo sin las formas legales. L. 7 § 22, tit. 2, lib. 4, Dig.—Comp. DURANTON, X, n° 142. TOULLIER, VI, n° 81. FREITAS, art. 493, n° 2. Véase arts. 911 y 1071.

(Art. 940.) Para que la intimidación anule el acto, es necesario que el temor provenga de un hecho ilícito ó contra las buenas costumbres, como lo decía la ley 3, tit. 2, lib. 4, Dig.; así no es causa de nulidad el temor natural del inferior para con su superior ó el de la mujer respecto á su marido; porque ese temor que se llama reverencial, no es

mano, ó de infligir malos tratamientos á una persona de mi amistad, ó de asesinar á una persona que me es extraña si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa persona produce en mí una violencia moral, un temor que me es enteramente personal. El sentido, pues, del artículo es que, en el caso de los esposos, descendientes ó ascendientes, la violencia ejercida contra una de esas personas producirá el mismo efecto que si hubiese sido contra la parte, mientras que respecto á las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso.—Véase Marcadé sobre el art. 1113.

El mal debe ser grave. L. 5, Tit. 2, Lib. 4, Dig.—L. 7, Tit. 20, Lib. 2, Código Romano.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 939.—Regla 14, Tit. 34, Part. 7.—Toullier, VI, n° 81.—Duranton X, n° 142 y 143.



La fuerza ó la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él (art. 941);

bastante fuerte para viciar el consentimiento. No es un temor que produzca el miedo en la verdadera acepción de la palabra, ese miedo grave, que es una causa determinante del acto, sino el temor de desagradar á una persona por la cual tenemos estimación y respeto. Pero es necesario que el temor reverencial sea solo, para que no anule el acto, si á ese temor se unen algunas maniobras de intimidación, debe tenerse en cuenta la dependencia en que las personas se encuentran, para juzgar del efecto que ciertas amenazas han podido producir en el espíritu de estas; así, dice Pothier, *Obl.*, n° 27: «el temor de desagradar á un padre ó á una madre, á quien se debe respeto, no es bastante para hacer vicioso el contrato; pero si la persona ha empleado malos tratamientos ó amenazas para forzarle á contratar, podría dar lugar á rescisión, según los casos.» En el ejemplo que traen Aubry y Rau, § 343 *bis*, texto en la nota 18, del padre que amenaza al hijo con enajenar todos sus bienes por una renta vitalicia ó cosa semejante, con el objeto de hacerlo consentir en tal ó cual contrato, daría lugar á la anulación del acto. El temor reverencial por sí solo, dice Larombière, (*I*, al art. 1114, n° 14), deberá hacer á los jueces menos exigentes en la apreciación de los actos exteriores de la violencia, y si tal violencia es insuficiente por sí sola para anular el contrato, bastará si hay la circunstancia agravante del temor reverencial, de que se haya abusado de él para obligar á ejecutar el acto.» La redacción del art. 1114 del Cód. Francés es muy superior á la del Código Argentino. Se ha suprimido inconsultamente la última parte del art. 495, n° 3 de Freitas, de donde fué tomado el artículo, que dice: «salvo si ha habido algun constreñimiento corpóreo ó amenaza de cualquier naturaleza», lo que indica el verdadero alcance de la palabra temor reverencial.—Comp. DEMOLOMBE, XXIV, n° 163. DURANTON, X, n° 154. TOULIER, VI, n° 80.

(Art. 941.) Las leyes romanas, respondiendo á las necesidades de su época, se esforzaban en buscar la libertad del consentimiento, y de cualquier manera que fuera viciado anulaban el acto; pero respetaban el fuero interior, cuando exceptuaban el dolo del tercero que el Código Argentino ha comprendido erróneamente, como lo demostramos

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 940.—L. 8, § 3, Tit. 2, Lib. 4, Dig.—Cód. Francés, art. 1114.—Sardo, 1201.—Véase Aubry y Rau, § 343, que pone una limitación en la nota 23.



sea que la otra parte la haya conocido ó ignorado, lo que es un serio peligro para la estabilidad de los contratos.

en la nota al art. 935. La fuerza ejercida por el tercero, debiendo ser *inmediata*, como se dijo en la nota 936, el otro contratante la ha conocido, aunque no haya tenido participación; pero la intimidación puede ser ignorada, y no obstante el acto se debe declarar nulo, porque la ignorancia en nada altera la falta de consentimiento, y hay buenas razones para sostener esta conclusión que á primera vista parece injusta, pues no se puede hacer reproche alguno al que ha cedido á la intimidación, desde que la ley exige que la amenaza sea de tal gravedad que el agente haya debido ceder á ella. Por otra parte, la intimidación se hace generalmente por medios desconocidos al otro contratante, y pondría al intimidado en el caso de ir contra el que la ha ejercido, y generalmente será una persona sin responsabilidad, cuando comete actos semejantes; esa acción sería muchas veces estéril y sin resultado. Finalmente, la intimidación debe ser reprimida de una manera eficaz, y el único medio de hacerla efectiva es de anular el acto que ha sido su resultado. Si la ley lo declarase válido habría aceptado lo que con razón condena. De cualquier manera que se haya cometido la intimidación, una vez producida, vicia el acto y lo hace anulable. Creo, no obstante, más adelantada la teoría del Cód. de Austria, art. 875, que anula el acto, cuando el tercero ha ejecutado la violencia á instigación y con el consentimiento de una de las partes, porque consulta mejor la estabilidad de los contratos. Hay un gran peligro en autorizar la prueba de la intimidación ignorada por uno de los contratantes, porque puede existir confabulación entre el tercero y el que se dice intimidado; y responde mejor al carácter de la sociedad moderna, que desenvolviéndose rápidamente, necesita de una gran confianza en la estabilidad de los contratos. La rapidez de los actos comerciales es una de las grandes fuerzas de la civilización moderna. Freitas, art. 407, la limita á los *actos entre vivos* y se refiere sólo á la violencia.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1111. DEMOLOMBE, XXIV, n° 157. AUBRY y RAU, § 343 *bis*, texto. Véase arts. 2365, 3296, 3337, 3350, n° 2.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 941.—Cód. Francés, art. 1111.—Napolitano, 1065.—Sardo, 1198.—Holandés, 1359.—De Luisiana, 1844.—Pero el Código de Baviera, Lib. 1, cap. 4, art. 25, establece lo contrario, y sólo concede recurso contra el tercero, autor de la violencia ó miedo. El Cód. de Austria, art. 875, solo anula el acto cuando el tercero ha ejercido la violencia, á instigación ó con conocimiento de una de las partes. Las Leyes Romanas son conformes al ar-



Si la fuerza hecha por un tercero fuese sabida por una de las partes, el tercero y la parte sabedora de la fuerza impuesta, son responsables solidariamente, para con la parte violentada, de la indemnización de todas las pérdidas é intereses (art. 942); por que ambos han ejercido la violencia para inducirlo á ejecutar el acto, el uno obrando materialmente sobre el ánimo del contratante, el otro callando y aprovechando del acto ilícito; pero si la fuerza hecha por el tercero fué ignorada por la parte que se perjudica con la nulidad del acto, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas é intereses (art. 943), teniendo acción directa contra él.

(**Art. 942.**) Dijimos que la fuerza, obrando inmediatamente sobre el agente, se distinguía de la intimidación, en que ésta se refiere al futuro amenazando con un mal que no se podría ó sería muy difícil de evitar. Como se trata de un acto ilícito, la responsabilidad debe ser solidaria entre los ejecutores, y el violentado tiene acción para anular el contrato y demandar de cualquiera de ellos la indemnización de daños y perjuicios. Basta que el otro contratante conozca la fuerza ó la intimidación antes ó en el mismo acto para reputarse cómplice y responder solidariamente.--Comp. l. 17, tit. 3, lib. 4, Dig. FREITAS, art. 498. Véase arts. 1081 á 1083 y 2366.

(**Art. 943.**) Se ha dicho que la fuerza ó la intimidación vician el consentimiento y anulan el acto jurídico, aunque provenga de un tercero, sea que lo ignore ó lo sepa el otro contratante. Lo natural y lo

titulo: L. 9, § 1, Tit. 2, Lib. 4, Dig., y L. 5, Tit. 20, lib. 2, Cód. Romano. Ha faltado la libertad de acción, y poco importa la persona que nos haya privado de ella.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 941—No puede admitirse la existencia de fuerza ó miedo en una obligación que resulta contraída con voluntad deliberada y persistente, y tácitamente confirmada después de la cesación del hecho en que se funda la fuerza y miedo alegados.—LVII. 319.

El hecho de servir de ayudante á un jefe de la rebelión, constituye á su autor en la clasificación en primera línea de los meros ejecutores. La pena en este caso, es de cuatro años de servicio militar, ó una multa de 600 pesos fuertes.—(art. 17, Ley Penal).—VIII, 142.

No es un delito servir en las fuerzas rebeldes, obligado por la fuerza y el terror.—VIII, 142.

Nota del Dr. Velez Sarvisfield al art. 942.—Véase L. 3, Tit. 16, Part. 7ª, ver otrosí.—L. 17, Tit. 3, Lib. 4, Dig.

TÍTULO II

DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 281.—NOCIÓN GENERAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Los actos que el hombre ejecuta se dividen en voluntarios, cuando son hechos con discernimiento, intención y libertad;

gigo habría sido continuar la relación de derecho, que la fuerza ó la indemnización ha hecho nacer entre el amenazado y el que hizo la amenaza, asegurando de esa manera el resultado del contrato, que no es justo se anule en perjuicio del inocente. Si el amenazado no ha tenido valor para revelar la amenaza, temiendo un mal mayor, debe culpar á su pusilanimidad la acción ejecutada. El tercero que amenazó no tiene relación alguna con el otro contratante, y en realidad, éste no debía pedir el perjuicio de un acto que no se ha ejecutado en su contra. Pero todos los códigos establecen la doctrina del artículo, con excepción del de Baviera y Austria.—Véase FREITAS, art. 449.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 943.—Regla 18, Tit. 34, Part. 7°.

Lesión enorme ó enormísima—En casi todos los Códigos y escritos de derecho, se ve asentado que la lesión enorme ó enormísima vicia los actos jurídicos. La mayoría de los Códigos y autores no generalizan la doctrina como debía ser, sino que la aplican sólo al contrato de compra-venta. Para sostener nosotros que la lesión enorme y enormísima no deben viciar los actos, y abstenernos, por lo tanto, de proyectar disposiciones sobre la materia, bastará comparar las diversas legislaciones, y de las diferencias entre ellas resultará que no han tenido un principio uniforme al establecer esa teoría.

La Ley Romana 2, Tit. 44, Lib. 4, Cód., concedió acción sólo al vendedor para rescindir la venta si hubiese sufrido lesión en más de la mitad del justo precio que valia la cosa vendida.

La L. 7, Tit. 4, Lib. 5, del F. J. no dió lugar á acción alguna por lesión enorme ó enormísima. *Si alguno ome, dice, vende algunas cosas ó tierras ó rínnas, ó siervos, ó siervas, ó animales, ú otras cosas, no debe desfuera la vendición porque das que lo vendió por poco.*

La L. 5, Tit. 10, Lib. 3, del F. R., exige que la lesión sea en más de dos tantos y da acción sólo al vendedor. La ley 56, tit. 5, Part. 5ª, la da al vendedor y comprador, cuando hubiese lesión en más de la mitad del justo precio.

La L. 4, Tit. 7, Lib. 5, Ord. Real, la concede al comprador y vendedor, cuando hay lesión en más de la mitad del justo precio; y fué la primera que generalizó la doctrina, extendiendo el remedio de la lesión al arrendamiento, á la permuta,





pero aun admiten otra subdivisión: si esos hechos voluntarios tienen por objeto inmediato crear, extinguir ó modificar derechos, se denominan actos jurídicos; cuando no tienen directamente ese fin, son simples hechos humanos que no crean derechos sino en cuanto al perjuicio que pueden causar á terceros. Los actos involuntarios son los practicados sin discernimiento, intención ni libertad, y no traen responsabilidad para los agentes sino en cuanto se hayan enriquecido, ó cuando se trata de personas capaces de dirigir sus acciones.

Se llama *actos jurídicos á los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar ó aniquilar derechos (art. 944).*

(Art. 944.) Cuando el fin inmediato de un acto humano es de crear ó extinguir relaciones de derecho, y se expresa la voluntad en este sentido, toma el nombre de acto jurídico. Las principales clases

á la dación en pago, etc.; y fué la primera también que puso término á la acción dándole cuatro años para su ejercicio.

La L. 2, Tít. 1, Lib. 10, Nov. Rec., concedió el remedio de la lesión al comprador y vendedor cuando ella importase más de la mitad del justo precio, pero no generalizó su disposición.

Los Códigos de Holanda y de Vaud nada dicen de la rescisión por lesión, lo que equivale á no admitirla.

Los Códigos de Austria, art. 934.—Baviera, art. 19. Cap. 3, Lib. 4.—Sardo, art. 1679.—Napolitano, art. 1520.—Francés, art. 1674.—de Luisiana, art. 2567, y Prusiano, art. 59, parte 1ª, tít. 11, admiten la rescisión por lesión en el precio.

El Código de Prusia sólo concede al comprador la rescisión y se la niega expresamente al vendedor, artículos 59, 60 y 250, parte 1ª, tít. 11.

Por el contrario, el Cód. Sardo, art. 1679.—Napolitano, art. 1520.—Francés, art. 1674, y el de Luisiana, art. 2567, sólo conceden al vendedor la rescisión por lesión.

El tipo pura graduar la lesión tampoco es igual en los Códigos citados. El de Baviera, el Sardo, el de Nápoles, el de Luisiana y las Leyes Españolas, consideran como lesión el no percibir el vendedor la mitad del justo precio de la cosa. El Cód. de Prusia exige que el precio de la venta exceda al doble del valor de lo vendido. El Cód. Francés, que el vendedor haya sido perjudicado en siete duodécimas partes del precio de la cosa. El F. R., como ya se ha dicho, que sea en más de dos tantos.

En los Códigos citados hay variación también respecto á la renuncia del derecho. Los Códigos Sardo, Napolitano, Francés y el de Luisiana, en los artículos citados, no permiten la renuncia de la acción. Por el contrario, el de Austria,



La clase principal de actos jurídicos son los contratos que tienen su legislación especial, y abrazan los actos más impor-

de actos jurídicos son los contratos y testamentos, y es con relación á estas dos clases que los códigos han dictado sus disposiciones. Esta estrechez de vistas es criticada con razón por Freitas. El Código Argentino legisla los principales actos jurídicos comprendiendo los derechos en las relaciones de familia, las convenciones matrimoniales, el matrimonio, la emancipación, el reconocimiento de hijos naturales, la aceptación ó exoneración de la tutela ó curatela. Respecto á los derechos personales en las relaciones civiles: los contratos y todos los medios de extinguirlos ó transformarlos. como el pago, la novación, la transacción, la renuncia de los derechos, y la remisión de la deuda. Con relación á los derechos reales: la tradición y todos los actos constitutivos de estos derechos, como la prenda, la hipoteca, la anticresis, la servidumbre, el usufructo, el uso y la habitación. En lo que se relaciona con la sucesión ó transmisión hereditaria: los testamentos, la aceptación ó repudiación de una herencia, y la desheredación. En lo relativo al procedimiento: las acciones que se deducen en juicio. En esta numeración sumaria hemos seguido el orden en que la trae Freitas en la nota 437, desechando la de Savigny (Der. Rom. 1014), que

art. 935, y el de Prusia, art. 69, parte 1ª, tít. 11, dan fuerza á la renuncia de la acción.

Los Códigos de Cerdeña, de Nápoles, de Francia y de Luisiana, en los artículos citados, limitan la rescisión por lesión á los contratos en que se trate de bienes muebles. Los demás comprenden también los bienes raíces.

Para el ejercicio de la acción la variación también es inmensa. El Cód. Romano, el F. R., y las Leyes de Partida, no designaban término á la acción. Vino después una ley española que le señaló cuatro años. En muchos de los otros Códigos no hay término designado. El Código Napolitano señaló dos años, artículo 1523. Igual término el Cód. Francés, art. 1676. El Sardo da cinco años. artículo 1681, y el de Baviera extiende el término hasta treinta años. art. 22, cap. 3 lib. 4.

En los Códigos de Comercio no hay rescisión de las ventas por lesión enorme ó enormísima. Se dice que son mercaderías, cosas muebles; pero las cosas muebles valen tanto ó más que las raíces. Los medios de venta son los mismos; y estos medios, para buscar el mayor precio, los ha facilitado la imprenta, establecimiento de corredores, las bolsas, etc., medios desconocidos á los romanos y en el tiempo en que se hicieron las Leyes de Partida. Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, ó todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.



tantes de la vida humana, y se gobiernan por lo dispuesto en sus respectivos títulos, y subsidiariamente por el presente.

Los hechos humanos que no engendran, modifican ó extinguen derechos, no interesan al legislador, y se consideran como manifestaciones necesarias del ser racional, que en el cumplimiento de su destino las ejecuta para satisfacer deseos y aspiraciones que no tienen conexión con el derecho.

Los actos jurídicos son positivos ó negativos, según que sea necesario la realización ú omisión de un acto, para que un derecho comience ó acabe (art. 945); así todo acto humano que tenga por objeto una relación jurídica es positivo, como toda abstención de lo que se tiene derecho de ejecutar, y de que el individuo se priva mediante una extipulación, es negativo; de donde se deduce, que toda abstención que crea ó extingue derechos debe ser el resultado de una convención; las abstenciones que consisten en la inacción no crean derechos, á menos que por la ley se deban ejecutar para impedir la prescripción.

responde al plan fijado en su obra, donde los divide: en sucesiones, actos libres, manifestaciones de la voluntad, contratos, donaciones y hechos que dependen de la fijación de un tiempo limitado — Véase FREITAS, art. 437. AUBRY y RAU, § 762.

(Art. 945.) El germen de todos los derechos que el ser humano puede ejercer durante su vida, existe en un grado igual en todos; pero se individualiza y toma una forma determinada á medida que la voluntad se manifiesta en tal ó cual sentido; es el acto exterior que hace adquirir ó perder el derecho. Ese acto puede ser *positivo*, cuando su realización es condición indispensable para que el derecho comience, se modifique ó determine; *negativo*, cuando se necesita de la abstención para crear ó terminar el derecho. El acto jurídico produce en general el nacimiento ó la extinción de un derecho, pero algunos no tienen ese carácter, y ofrecen una mezcla de ambos efectos, como sucede en aquellos en que el derecho se transforma ó se cambia, p. e., en la novación.—Comp. SAVIGNY, *Der. Rom.*, § 104.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 944.—Aubry y RAU, § 760.—Savigny define: «Hechos jurídicos son los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho comienzan ó acaban.» Esta definición es más concisa, pero menos clara que la de Ortolan, que es la que damos.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 945.—Savigny, *Droit Romain*, III, 3.



Los actos jurídicos son unilaterales ó bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos ó más personas (art. 946). Esta división es puramente doctrinaria y está fuera de los límites de un código.

Otra división de mayor importancia, que corresponde también á la doctrina, es la que clasifica los actos jurídicos en disposiciones de última voluntad y en actos entre vivos. Así, *los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en el código ACTOS ENTRE VIVOS, como son los contratos. Cuando no deben producir efecto*

(**Art. 946.**) Unilaterales como los testamentos, reconocimientos, aceptación ó renuncia de herencia, donde basta la voluntad de una de las partes para quedar concluido. Bilaterales cuando requieren la voluntad y consentimiento de las personas que concurren á la formación del acto. Esta división general en nada altera la establecida en los contratos, que sólo tienen en vista las obligaciones y derechos de los contratantes; mientras la de este artículo se refiere al consentimiento, y en este sentido se podría decir que todo contrato es bilateral, pues debe existir el consentimiento de ambos; pero no es exacto, porque es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente, y unilateral si una sola se obliga, art. 1138. El acto jurídico puede ser así bilateral con relación al consentimiento, y unilateral respecto á los derechos y obligaciones de las partes. La división de los actos jurídicos abraza un orden de ideas completamente diferente de la de los contratos. Mackeldey (*Der. Rom.*, § 166), explicando cómo la adquisición, conservación ó pérdida de los derechos pueden proceder en virtud de la ley ó de actos voluntarios que llama actos jurídicos, agrega: «son unilaterales ó bilaterales, según baste la voluntad de una sola persona ó que se requiera la acorde voluntad de ambos: el testamento es un acto unilateral; el contrato es acto bilateral»; pero es necesario agregarle, para que no haya confusión, que esto es en el sentido del consentimiento y no de los derechos y obligaciones.—Comp. MAYNZ, *Der. Rom.*, § 119. FREITAS, notas 440 y 441.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 946.—Mackeldey, sec. 4. cap. 1, Maynz, § 119.

sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD, como son los testamentos (art. 947).

La diferencia esencial entre unos y otros es que el nacimiento del derecho tiene lugar desde que el contrato se realiza, aunque su ejecución esté en suspenso; mientras en los actos de última voluntad no hay derecho adquirido, y la disposición puede variar y nada obliga al otorgante á mantenerla.

§ 282.—DE LA CAPACIDAD Ó INCAPACIDAD EN LOS AGENTES

Se ha dicho que todo vínculo de derecho descansa sobre una relación personal, y por consiguiente, es necesario examinar la naturaleza de las personas entre las que nace ese vínculo. Dividimos, pues, la capacidad de derecho: es decir, la posesión posible de esos derechos, de la facultad de obrar que se llama capacidad de hecho. Así. *la validez ó nulidad de los actos jurídicos entre vivos ó de las disposiciones de última voluntad, respecto á la capacidad ó incapacidad de los agentes, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio (art. 948).*

(Art. 947.) La palabra contrato está tomada como ejemplo, y no en un sentido restrictivo, refiriéndose únicamente á los actos jurídicos que producen derechos personales y las obligaciones correlativas. ó derechos personales concernientes á los bienes. Freitas, nota al artículo 438, toma la palabra contrato en su acepción restricta, rechazando todos los demás actos jurídicos, como la emancipación, la tradición, el reconocimiento de hijos naturales, etc., que no vienen á quedar comprendidos en los actos entre vivos. En el sistema adoptado por el Código Civil Argentino la palabra «contrato» no excluye los demás actos jurídicos; respecto de los actos de última voluntad, la definición no comprende sólo los testamentos; porque el contrato puede estar destinado á producir efecto después del fallecimiento de la persona, sin perder su carácter, y sin tomar el nombre de disposición de última voluntad.—Comp. FREITAS, arts. 438 y 439 con las notas al 440 y 441.—Véase arts. 1138 y 1841.

(Art. 948.) Se refiere á la capacidad de obrar ó de hecho, que se diferencia de la de derecho. La primera se manifiesta por la imposibilidad absoluta de expresar la voluntad, como el impúber, la persona por





La capacidad de *derecho* comienza en el ser humano, no sólo desde su aparición en el mundo, sino desde la concepción subordinada al nacimiento con vida; mientras la capacidad de *hecho* está sujeta á las condiciones de la edad, de la sana inteligencia y libertad personal. Para la capacidad de derecho basta la aparición corpórea, mientras para la de obrar es necesario que la ley no haya prohibido el acto entre las personas por ser incompatible, ó por imposibilidad moral de manifestar su consentimiento.

Un acto jurídico que deba tener su efecto en la República está sujeto á sus leyes en cuanto á la capacidad de derecho. Si en una nación extranjera fuera permitido al tutor comprar en remate público los bienes inmuebles de su pupilo, ese acto no

nacer, el demente, etc., la de derecho abraza la capacidad de adquirir ó transferir, de donde resulta esta consecuencia importante: la incapacidad de hecho puede ser absoluta ó relativa, según que el agente tenga ó no voluntad, y cuando la tiene si no la manifiesta en la forma ordenada por la ley, mientras la de derecho es absoluta siempre. Así, el acto jurídico del loco ó del impúber, son nulos, mientras el de la mujer casada ó del menor púber son anulables. La nulidad de derecho se funda en una prohibición de la ley, y cuando el acto se hubiere realizado, se considera como si no hubiera existido.

El Código Civil Alemán trae en su art. 106 una reforma de gran importancia: «el menor que ha cumplido los siete años (dice), sólo tiene una capacidad restringida conforme á los arts. 107 á 113. El contrato concluido por el menor sin el consentimiento de su representante legal (dice el art. 110), es válido con efecto retroactivo, si el menor hace la prestación convenida con recursos suministrados por su representante con este objeto, ó para disponer libremente.» Convendría tener en cuenta estos principios.

En este artículo tiene su aplicación lo expuesto en las notas á los arts. 6 y 7, y el Código Argentino, cediendo á la necesidad sentida por las naciones de armonizar la legislación, se ha adelantado al trabajo lento del tiempo abandonando facultades preciosas, que se deben conservar para hacerlas objeto de tratados internacionales. — Véase FREITAS, art. 849. En cuanto al domicilio, nuestros art. 89 y 90, 3283, y art. 2 ley de Matr. Civ.; en cuanto á la capacidad, arts. 3286 y 3287, 3612 y 3613.

sería válido, si se tratase de la adquisición de inmuebles situados en nuestro territorio; por eso dice el (art. 949): *la capaci-*

(Art. 949.) La capacidad de derecho comprende el grado de aptitud que cada persona tiene para adquirir: y en el sistema adoptado por el Código Civil Argentino, siguiendo á los más adelantados, ella nace no sólo con la aparición en el mundo de ser racional, sino que aun se le acuerda al que está concebido en el seno materno. La incapacidad de derecho jamás es absoluta, en el sentido de que el individuo no puede ser privado de todos los derechos sino de algunos, según la función que desempeña, ó la posición en que se encuentre colocado. Los actos celebrados con el fin de cometer delitos, ó que tuvieran por objeto un comercio inmoral, como la prostitución, ó fueren para violar las leyes de la República, como el contrabando, etc., serían nulos aunque fueran permitidos en el lugar donde se realizaren.

Los vicios sustanciales del consentimiento, como el error, dolo, fuerza é intimidación, la simulación ó el fraude, siendo de la esencia del acto mismo, son regidos por las leyes de la República y anularían el contrato. La nación argentina, que ha abandonado á la legislación extranjera lo que se refiere á la capacidad de obrar del agente, recobra su imperio; así, la muerte civil ó la esclavitud, que incapacitan absolutamente para adquirir derechos, no pueden tener aplicación en la Argentina, ni ser válidos en ella los actos celebrados en el extranjero, si no fueran conformes con sus leyes. Freitas, art. 850, habla del *modo*, expresión que nuestro Código ha suprimido.—Véase la interesante nota de FREITAS del art. 21, y nuestros arts. 9, 54, y 35, 138 y 1220.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 949.—La capacidad civil de derecho es el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos, ó ejercer actos por sí, ó por otros, que no le sean prohibidos. Las personas á quienes se prohíbe la adquisición de ciertos derechos, ó el ejercicio de ciertos actos, son incapaces de derecho, es decir, de esos derechos ó de esos actos prohibidos. Entre nosotros no puede hablarse de la capacidad civil del Derecho Romano, de las personas esclavas, de los que hubiesen sufrido una *capitis diminutio*, ni tampoco de la capacidad ó incapacidad civil que se ve en algunos Códigos, según que las personas sean nacionales ó extranjeras, pues ni tenemos esclavos, ni hay diferencia entre nacionales ó extranjeros para el goce y ejercicio de los derechos civiles. El artículo se refiere á aquellas personas que están declaradas incapaces de ejercer ciertos actos jurídicos, las cuales se hallan designadas en varios títulos del primer libro.

Del objeto de los actos jurídicos se trata en uno de los artículos de este Título.

Los vicios sustanciales son el error, dolo, violencia, simulación ó fraude.



dad ó incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez ó nulidad por las leyes de este Código.

§ 283. — DE LAS FORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

La voluntad debe manifestarse en una forma exterior que la haga perceptible á las demás, y dejar la impresión, por decirlo así, de esa manifestación, de modo que pueda encontrarse la señal evidente de haber tenido lugar.

La manifestación puede ser formal ó no: es decir, obedecer á un modo especial de expresarla: puede ser ficticia ó presumida por la ley. La manifestación formal es la que debe expresarse en una forma determinada, y no se considera tal, si no estuviere en esa forma, como en los testamentos. La ficticia es la que la ley supone expresada, como si se guarda silencio á una interrogación cuando hay obligación de responder.

El individuo está sujeto á la ley del lugar en que realiza el acto jurídico, en cuanto al modo de expresar su voluntad, porque no puede sustraerse á su imperio; de ahí es que, *respecto á la forma y solemnidades de los actos jurídicos, su validez ó nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren (art. 12) (art. 950)*; no obstante, hay actos, como los

(**Art. 950.**) La forma, que es el conjunto de las prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse en la realización de un acto jurídico, ha sido necesario abandonarla á las leyes del lugar donde se realiza: porque no sería posible exigir en una nación extraña el cumplimiento de nuestras leyes, cuya fuerza obligatoria termina en nuestra frontera. No obstante esta consideración, ha debido dejarse á los que realizan un acto jurídico, en una nación extraña, para tener efecto en la Argentina, la facultad de conformarse con sus leyes declarándolos válidos, aunque no fueran conformes con las leyes del lugar. El Código Argentino ha suprimido esa parte que trae Freitas en su art. 851, de donde fué tomado. No creo que en este caso la supresión indique el pensamiento de invalidar un acto conforme con las leyes argentinas; porque el deber de sujetarse á las del país donde el acto se realice es sólo para facilitar su celebración, ya que no es posible imponer nuestras propias formas, y eso nos demuestra la



testamentos, que pueden hacerse ante los Ministros ó Cónsules de la República acreditados en el extranjero, y se consideran válidos si son hechos con arreglo á nuestras leyes por ciudadanos argentinos.

disposición del art. 3638 al admitir el testamento hecho con arreglo á las leyes argentinas. Tiene también su limitación la regla establecida en los contratos sobre transmisión de bienes inmuebles situados en la República, que no pueden tener efecto, si no constaren en instrumento público y se presentaren legalizados, art. 2211; lo que importa establecer una forma propia nuestra á esos actos, de acuerdo con lo ordenado en el art. 10, entendiéndose que el instrumento público debe ser una escritura pública, que es la forma ordinaria de transmisión entre nosotros. Hágase la diferencia entre el acto jurídico á que se refiere este artículo, con el del contrato de que habla el art. 1211.—Comp. FREITAS, art. 851, y nuestros arts. 12, 82, 1211, 3635 y 3638.

Algunos creen que cuando las partes hubieran elegido un domicilio especial para el cumplimiento del contrato, deben observarse las formas exigidas en ese lugar, lo que sería contrariar la letra y el espíritu de la disposición, que consideran válido el acto, en cuanto á la forma, si se ha observado la ley del lugar donde se celebró, para facilitar su realización. Sería necesario exigir á las partes el conocimiento de una legislación extraña. En mi opinión, el acto será válido si se ha realizado con arreglo á la ley del lugar de su celebración, ó de donde debía cumplirse. No creo que el artículo al hablar del lugar donde deba realizarse el acto, suponga que es el del cumplimiento del contrato, porque se refiere á los verificados fuera de la República, y que sean exigibles en ella.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 950.—La persona invocada con arreglo á un mandato otorgado en el extranjero, no puede ser desconocida, mientras no se justifique que el instrumento no llena las formas exigidas por la ley del lugar en que se hubiese otorgado.—Jur. Com. III, 188.

Los requisitos que la ley exige para la validez de ciertos actos, sólo son aplicables á los otorgados en la República; los expedidos en país extranjero se rigen única y exclusivamente por las leyes del país de su otorgamiento.—Jur. Com. VIII, 154, Sér. 4°.

El cumplimiento de las formalidades que las leyes prescriben como esenciales para la validez de un acto jurídico, deben resultar del cuerpo del instrumento.—VII, 47, Sér. 2°.

El cumplimiento de las formalidades que la ley exige, hace inadmisibles la excepción después de vencido el término, aun cuando la prueba se haya pedido antes del vencimiento.—XII, 323, Sér. 1°.





§ 284.—DE LA EXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y TIEMPO
EN QUE COMIENZAN

Hay actos jurídicos en que la existencia de los derechos comienza desde su celebración; y otros en que es necesario esperar un acontecimiento, por eso dice el (art. 951): *comenzará la existencia de los actos entre vivos, el día en que fuesen celebrados, y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, ó de otra exclusivamente decretada, desde el día de la fecha de los respectivos instrumentos*; porque no se consideran realizados mientras no se han llenado las formas exigidas por la ley.

En las disposiciones de última voluntad, que son esencialmente variables, hay que considerar dos momentos: el de la realización del acto en la forma prescrita, y el día del fallecimiento del disponente; en el primero para sujetarlo a la

(Art. 951.) El tiempo en que los actos existen caracteriza el correlativo de la adquisición, modificación ó extinción de los derechos. Un acto jurídico comienza su existencia con relación á los que lo celebraron desde que se realizó; pero respecto de los terceros, sólo cuando el acto tiene la forma de un instrumento público. Cuando los derechos se adquieren bajo condición suspensiva, el día de la celebración, indicará únicamente la adquisición del derecho condicional, y si tuviere por objeto cosas futuras, que pueden ó no existir, el día del acto determinará la adquisición de un derecho aleatorio. Cuando el acto se hiciere bajo firma privada, tendrá existencia para los terceros, en los casos del art. 1035. Si se tratare de la transmisión de bienes raíces, tendrá efecto desde la tradición de la cosa, y el tercero de buena fe á quien se le ha vendido por la segunda vez una propiedad y se le ha hecho tradición de ella, es preferido al primero que sólo tenía escritura pública, art. 596. Cuando la adquisición del derecho dependiese de la forma instrumental, tendrá efecto desde el otorgamiento del instrumento; pero no así para los terceros, si faltaren algunas diligencias, p. e., la hipoteca no tendrá efecto para el tercero hasta su registro, y si se hubiera registrado una nueva, sería preferida, salvo el caso del art. 3136, en que corriendo el término legal para el registro de la primera fuese la segunda registrada antes.—Comp. FREITAS, art. 860, y véase arts. 1035, 1187, 1961, 3135 y 3149.

forma determinada por la ley que regía en el momento de celebrarlo; y en el segundo para determinar la capacidad de suceder y de adquirir la sucesión. Por eso se dice, que *la existencia de las disposiciones de última voluntad comenzará el día en que fallecieren los respectivos disponentes, ó en que la ley presumiese que hubiesen fallecido* (art. 952); cuando se tratase de la ausencia, porque en uno y otro caso el acto viene á quedar irrevocable.

Hay actos entre vivos cuya existencia no comienza desde su realización, pero que dan nacimiento á derechos que tienen por fin obligar á ejecutarlos, como son todos aquellos que debiendo extenderse en escritura pública, se hubieren otorgado en documento privado, que sólo dan acción para obligar á extender el instrumento público, sin que pueda pedirse antes el cumplimiento del contrato. Esta situación, que separa dos acciones diferentes: la del cumplimiento de la forma y el de su ejecución, ha dado lugar á la errónea interpretación de alguna de las Cámaras de Apelación de la Capital, que no dudamos se corregirá en el porvenir, pues exigen previamente la escritura pública del boleto de compra-venta destinado á demostrar el comienzo del acto. El boleto es el contrato de compra-venta de

(Art. 952.) El fallecimiento presunto para la posesión definitiva, produce los efectos del real, (hasta que el ausente comparezca por sí ó por apoderado), y todos los derechos subordinados á la muerte comienzan desde el día del fallecimiento presuntivo. Si el fallecido era usufructuario, la consolidación con la nuda propiedad se opera; los derechos hereditarios comienzan su existencia, y desde ese instante se consideran sucesores de su causante, y es en relación á ese tiempo que se juzga de la capacidad para suceder, art. 3287. Cuando los derechos que confiere la disposición de última voluntad fueren condicionales, el fallecimiento del testador sólo indicará el momento en que la herencia ó el legado se hubiere dejado, pero no adquirirá los derechos acordados hasta que la condición se cumpla, aunque puede tomar medidas conservatorias; si los derechos concedidos fueren á plazo, se reputan adquiridos aunque no puedan exigirse sino cumplido el plazo.—FREITAS, art. 861 y nuestros arts. 117, 118, 123, 3282, 3531, 3534, 3535 y 3824.





inmuebles, hecho en documento privado, y no da derecho para exigir la cosa vendida ó su precio, sino para pedir la escritura pública, pues no hay disposición alguna que obligue á extender boletos de esta clase en esa forma. ¿Qué objeto tendría un boleto en escritura pública? Deberá hacerse otra escritura para el traspaso, pues el boleto sólo es una especie de promesa de venta.

§ 285.—DEL OBJETO DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Para que los actos jurídicos tengan valor es necesario que la cosa esté en el comercio y sea susceptible de adquisición ó transferencia; así, las funciones públicas no pueden ser objeto de un acto jurídico, y el contrato celebrado para explotar con otro un puesto público sería de ningún valor.

Los actos jurídicos que tengan por objeto hechos que dependen del ejercicio de una profesión liberal, serán perfectamente válidos, aunque no puedan ser obligados á ejecutarlos, traduciéndose en el pago de daños y perjuicios, como lo sería la obligación contraída por un abogado para defender una causa. Y en este sentido sería válido el contrato hecho por un médico que se obliga á no ejercer su profesión dentro de un radio determinado, cediendo de una manera indirecta su clientela.

La ley por consideraciones sociales prohíbe que ciertos derechos puedan ser objeto de los actos jurídicos; así, serían nulos los contratos referentes á la patria potestad, poder marital, tutela, herencia no deferida, etc., que tuvieran por objeto alterar ó modificar las facultades conferidas.

Es necesario que el objeto sea posible, porque no habría un acto serio si hubiera imposibilidad moral ó física de realizarlo, como si se prometiera tocar el sol ó cosa semejante; pero la imposibilidad debe existir antes del acto y ser perpetua; no debiendo confundirse con la que proviene después de realizado por culpa del obligado.

El objeto debe ser lícito, porque son de ningún valor todos los que tienen por fin violar las leyes de orden público ó son contrarios á las buenas costumbres; en ese sentido se ha decidido que no tendría valor el contrato celebrado ofreciendo obte-



ner un suceso en la representación de una obra dramática; porque sería oprimir la manifestación espontánea del sentimiento público.

El Código ha condensado todas estas condiciones al decir: *el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, ó que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, ó hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios á las buenas costumbres ó prohibidos por las leyes, ó que se opongan á la libertad de las acciones ó de la conciencia, ó que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes á esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto (art. 953).*

(Art. 953.) Es necesario distinguir la nulidad del acto por incapacidad absoluta del agente, de la nulidad por los vicios de que habla este artículo. En la primera sólo el incapaz, su representante y el ministerio de menores pueden alegarla, art. 1164, y el acto es anulable, mientras en la segunda se considera como si no hubiera tenido lugar. En cuanto á los hechos, objeto de los actos jurídicos, sólo pueden serlo los posibles de ejecutarse, teniéndose en cuenta la imposibilidad absoluta y no la que resulte de la posición especial de los agentes. La imposibilidad material se refiere á las cosas que no han existido, ó han dejado de existir, ó que no pueden ser objeto de un acto jurídico en esas condiciones. La imposibilidad jurídica tiene lugar respecto de cosas cuya propiedad no es posible adquirir, porque son inapropiables, ó porque son de la propiedad de aquel á quien uno las debe entregar.

Los actos ilícitos, ó prohibidos por las leyes, no pueden ser objeto de un acto jurídico, porque la ley no permite lo que por otra parte ella castiga; en el mismo caso se encuentran los que son contra las buenas costumbres. Véase lo dicho en las notas á los arts. 502 y 530.

Los actos que se opongan á la libertad de las acciones, como lo serían los que fijaran permanentemente el domicilio de una persona ó la sujetaran á la voluntad de otro, ó encadenaran la actividad de toda su vida, ó coartaran la libertad de casarse ó de permanecer célibe, serían igualmente nulos. Y siendo la libertad de conciencia una de las más grandes conquistas de la civilización, la ley ha debido asegurarla (pues responde á los fines morales que el hombre debe cumplir en este mundo) anulando todo acto que atente contra ella; así sería de ningún valor el acto jurídico en que se obligara una persona á cambiar ó no

Y aquí conviene distinguir los actos nulos de los anulables, aunque estudiemos más adelante en la nota á los arts. 1046 y

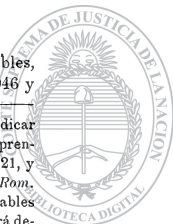
de religión. Finalmente, los actos que tengan por objeto perjudicar los derechos adquiridos por terceros, que en rigor pueden comprenderse entre los ilícitos.—Comp. MACKELDEY, § 168. MAYNZ, § 121, y las leyes 26, 27 y 94, tit. 1, lib. 45, Dig. l. 4, tit. 39, lib. 8. *Cód. Rom.*

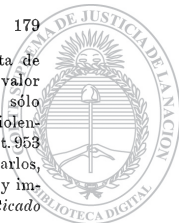
Los actos á que se refiere este artículo son nulos, y no anulables como algunos lo han creído, y cualquiera de los contratantes tendrá derecho para anularlos, y cuando la nulidad aparece manifiesta en el acto los mismos jueces pueden declararlos nulos, art. 1047, como sucedería tratándose de cosas que están fuera del comercio, ó con las contrarias á la libertad de las acciones ó de la conciencia.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 953.—Véase Mackeldey, § 168, y los artículos 502, 530, 531 y 542. Como el acto jurídico tiene por fin cambiar el estado actual de los derechos de una persona, se exige necesariamente que esa persona tenga capacidad de disponer de sus derechos.

En cuanto al fin y al objeto, es preciso que el acto se refiera á un derecho que se pueda hacer valer de una manera cualquiera. Así, el acto es ilusorio cuando el objeto es tan vagamente indicado que no sea posible determinarlo (L. 94, Tit. 1, Lib. 45, Dig.). Lo mismo cuando se trata de cosas corporales, que no son susceptibles de existir, ó que están fuera del comercio. *Si id*, dice la Ley Romana, *quod dari stipulamur, tale sit, ut dare non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebatur aut mortuum quem vivum esse credebatur.* (Inst. Lib. 3, Tit. 19, § 1.) Si es un hecho el objeto del acto, debe ser posible y no contrario á las leyes y buenas costumbres. La imposibilidad del objeto del acto jurídico puede tener su origen en motivos materiales ó en motivos jurídicos. La imposibilidad material se presenta respecto á las cosas que jamás han existido, ó que han dejado de existir, ó que no pueden existir. Hay imposibilidad jurídica, cuando la obligación tiene por fin procurar la propiedad de cosas que no pueden ser el objeto de una propiedad, ó que son ya la propiedad del acreedor. Sería lo mismo la obligación que tuviese por objeto un matrimonio entre personas que no pueden casarse. Se puede asignar un carácter análogo á todo acto que es contrario á la ley ó á la moral (LL. 26 y 27, Dig. *De Verb. Oblig.*, y L. 4, *Cód. De Inut. Stip.*) Por esta proposición se puede entenderse, como en la teoría de las condiciones, que un acto de este género sería jurídicamente imposible, pues que el delito mismo es perfectamente posible, y sólo es privado y reprimido por una pena. Mas los hechos contrarios al derecho y á la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución.

La imposibilidad del objeto de un acto jurídico puede fundarse sobre la naturaleza del objeto mismo, ó sobre la posición personal y especial del deudor de una obligación. La primera especie de imposibilidad es la que es considerada





1047 estas diferencias. Cuando el acto es nulo por falta de objeto, la voluntad de las partes es impotente para darle valor y crear el derecho; mientras el acto anulable es válido y sólo puede reclamarlo el que fué víctima del engaño ó de la violencia, ó tenía la incapacidad. Así, los actos indicados en el art. 953 son nulos y cualquiera de los interesados puede reclamarlos, mientras los otros son únicamente anulables; por eso hay impropiedad en el (art. 954), que dice: *es nulo el acto practicado*

(Art. 954.) Aquí hay un error de copia, y en vez de decir, *es nulo*, debió expresar: *es anulable el acto practicado con los vicios de error, dolo, etc.*, ó agregarle al final: *presumido por la ley*. En general, el acto se considera válido si no es reclamado por el que padeció el error, dolo ó fraude, y entra naturalmente en él todo lo que vicia el consentimiento, como la simulación, la fuerza ó la intimidación de que hemos hablado. Se confunden generalmente los actos nulos con los anulables, refiriéndoles equivocadamente á otro orden de ideas, como el de nulidad absoluta y relativa que se aplica á la capacidad de la persona. Así, la incapacidad puede ser absoluta con relación al agente, y sin embargo, la nulidad del acto sería relativa, porque sólo el incapaz puede demandarla. Los vicios del consentimiento no presumidos por la ley, hacen únicamente anulable el acto, porque el engañado puede no reclamarlo y queda firme y valedero; lo que no sucede con los actos nulos, donde la voluntad de las partes es impotente para darles valor

como tal. La segunda especie, respecto del sujeto, no puede ser jamás invocada por el deudor y no lo sustrae de las consecuencias que puedan resultar de la inexecución de una obligación.

La razón para anular los actos que tengan por objeto prestaciones imposibles está en la esencia de las obligaciones. La obligación tiene por objeto transformar en actos necesarios y ciertos, actos voluntarios que no son en sí mismos sino acontecimientos accidentales é inciertos. El fin definitivo de la obligación es colocar al acreedor en una posición tal que pueda contar con certidumbre sobre la posibilidad de esos acontecimientos; pero si el acto que constituye la prestación en una obligación es imposible, esta circunstancia repugna al carácter que damos á toda obligación.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 953.—Adolecen de insanable nulidad los contratos que se celebren con el objeto de conseguir un empleo público.—XXX, 672.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 953.—Los tribunales deben rechazar de oficio toda acción que se funde en un contrato ilícito por ser contrario á la moral y á las buenas costumbres.—Jur. Com., IV, 178, Sér. 4ª

con los vicios de error, de dolo, de simulación ó fraude, por que sólo pueden reclamarse por el que sufrió el dolo ó el error, á los que se podría agregar, la violencia, miedo y cualquier otro hecho que vicie el consentimiento.

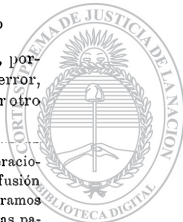
contra el mandato expreso de la ley, que los prohíbe por consideraciones de un orden social superior al interés individual. Esta confusión la hace nuestro Código en los arts. 1041 y 1042, como lo demostramos allí. El error que notamos puede salvarse agregándole las mismas palabras que se pusieron en el art. 1044, á nuestra indicación (nota 157 de la Instituta): *presumido por la ley*, para distinguirlo del error, dolo, etc., del art. 1045, que sólo hace anulable el acto cuando esos vicios no se presumen. Estaríamos, no obstante, porque el acto se declarase anulable armonizando el presente artículo con el 1045. Comp. artículos 922, 924 á 227, 932, 935 y 961, que hablan de la nulidad relativa por los vicios del consentimiento.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 954.—La prueba de simulación de un contrato, es procedente entre las partes que lo han llevado á cabo, siempre que el acto que se pretenda verdadero, no fuese ilícito ó prohibido por la ley.—Jur. Com., V, 283, Sér. 2ª.

Para que la nulidad de los actos simulados ó fraudulentos practicados por el marido en perjuicio ó fraude de los derechos de la esposa ó de sus herederos, pueda ser declarada, se requiere prueba plena, la que corresponde al que deduce la acción.—IX, 135, Sér. 3ª.

La nulidad de un acto jurídico por existir dolo y fraude, puede ser declarada por presunciones, siempre que ellas revistan los caracteres de precisas y concordantes.—V, 5, Sér. 3ª.

La falsedad de las enunciaciones de la escritura de venta por usurpación del estado civil del vendedor, produce la nulidad del contrato, y el poseedor debe restituir sin perjuicio de la acción criminal por estafa.—Jur. Civ., XIII, 301, Sér. 4ª.



CAPITULO PRIMERO
DE LA SIMULACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 286.—DE LA SIMULACIÓN EN GENERAL

Nadie está obligado á hacer lo que la ley no manda, ni puede ser privado de lo que ella no prohíbe, la actividad humana no tiene otro límite que la prohibición, y rigurosamente hablando, sólo hay leyes prohibitivas, porque las que reconocen ó acuerdan derechos entran en esa categoría, pues al concederlos, prohíben á los demás el desconocerlos. De esta libertad se deduce, que los individuos pueden formar convenciones encubriendo el carácter del acto bajo el aspecto de otro, y serán válidos mientras no tengan un fin ilícito, ni perjudiquen á terceros. Pero cuando se ha ocultado el acto para dañar á otro ó violar las leyes, será nulo, y esa *simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, ó cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, ó fechas que no son verdaderas, ó cuando por él se constituyen ó transmiten derechos á personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen ó transmiten* (art. 955); pero

(Art. 955.) La simulación puede ocurrir de varios modos, pues el artículo no es limitativo. La simulación más común es la que tiene lugar cuando se encubre un acto bajo la apariencia de otro, como sucede en los contratos de préstamo de dinero, que se ocultan bajo el pacto de retroventa y que podrán reducirse á su verdadero límite, admitiéndose todo género de prueba. La simulación es uno de los modos de manifestarse el dolo, poniéndose á cubierto de las acciones legítimas, ó como defensa para el porvenir en casos de malos negocios. Un acto jurídico puede ser simulado por su fecha, ó por las partes que figuran en él, haciendo aparecer personas que no tienen interés, ó por el carácter del acto, como lo acabamos de ver. Cuando el acto contiene cláusulas, condiciones ó confesiones que no son verdaderas, hay también simulación. La fecha puede no ser verdadera, y si el acto ha tenido lugar, se reducirá á la época en que se realizó. Cuando





la simulación no es reprobada por la ley cuando á nadie perjudica, no tiene un fin ilícito (art. 957); en cuyo caso será válida;

una persona es incapaz de adquirir un derecho y hace intervenir á una tercera, se debe distinguir: si la simulación es presumida por la ley, no se admitirá prueba en contra, como en el caso del art. 3749; si las personas no son de las reputadas interpuestas, se puede demostrar que lo han sido á fin de anular el acto, porque como dice Chardon, II, n° 15, «la ley al reputar á ciertas personas interpuestas, no por eso ha querido prohibir la investigación de aquellas que podrían ayudar al incapaz á eludir la prohibición».—Comp. FREITAS, art. 521 y 522, l. 2, tit. 22, lib. 4. Cód. Rom. Mi *Tratado de contratos*, n° 180 y sig., y nuestros arts. 450, n° 1, y 3741.

(Art. 957.) La simulación que anula un acto ó lo reduce á su verdadero estado, es la hecha en violación de la ley, ó para perjudicar á terceros, este es el límite puesto á la voluntad particular. La ley no

Nota del Dr. Velez Sarfield al art. 955.—L. 40 al fin, Tít. 2, Part. 5°. Chardon en el tom. II de su obra de *Dolo y Fraude*, trata en capítulos especiales de la simulación por interposición de personas, por falsedad de fechas, ó cuando se oculta el verdadero carácter del acto.

El Cód. Romano contiene máximas sobre los actos simulados que forman los verdaderos principios de esta materia. Una ley dice: *Acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt*. L. 2, Tít. 22, Lib. 4, Cód.—Otra ley: *Si quis gestum a se aliud egisse scribi fecerit, plus actum quam scriptum valet*. L. 4, id.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 955.—Debe declararse simulada la escritura de venta, contra la cual se funden los siguientes hechos: 1°, falsedad en la cláusula relativa al pago del precio; 2°, venta hecha por quien el comprador sabía no ser sino un condómino de la finca vendida; 3°, ser el otro condómino esposa del comprador, y prohibida su venta á éste; 4°, actos de dominio ejercidos por el vendedor después de la venta; 5°, falta de prueba de la tradición al comprador; 6°, constar en el testamento público del vendedor, hecho antes de la venta, sus deudas, y ser la finca sus únicos bienes; 7°, ser el comprador, marido de la hija del vendedor. Todos estos hechos constituyen presunciones graves, precisas y concordantes á demostrar la simulación de la venta, con el objeto de hacer ineficaces las acciones del acreedor.—XXIV, p. 473.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 955.—La simulación de contratos por instrumento público, puede ser declarada en virtud de presunciones graves, precisas y concordantes.—Jur. Civ., II, 321, 352 y 385.

Es improcedente la simulación de un acto jurídico, siempre que se reconoce su verdad y su existencia.—IV, 296, Sér. 3°.

Es improcedente la prueba testimonial para justificar la simulación deducida por uno de los otorgantes del contrato, en tanto no existe contra-documento.—V, 299, Sér. 3°.



así, una venta se puede ocultar bajo la forma de una transacción ó de cualquier otro contrato.

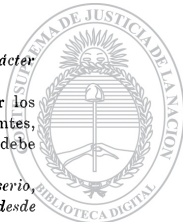
§ 287. — DE LA SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA

La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar á un

entra á investigar la verdad ó falsedad de un acto que no asuma esos caracteres. La regla de derecho es: un acto vale en el carácter que aparece si no viola la ley, ni perjudica los derechos de tercero. ¿Pero pueden atacar el acto los mismos que lo simularon? Esta cuestión ha dividido á los jurisconsultos. De un lado los que niegan el derecho, alegando la regla *propian turpitudinem alegans non est audiendus*. los otros oponen esta máxima, que no es menos moral, *nemini sua fraus patrocinari debet*. Pero la cuestión debe tomarse, á mi juicio, bajo otro punto de vista. Los que han celebrado un acto jurídico simulado que no perjudica á terceros, ni tiene por objeto el violar la ley, han realizado un acto lícito y como tal debe valer. ¿Qué se han prometido? ¿Qué importancia tiene el acto en sí mismo? Los que encubrieron una donación con un contrato de venta, no pueden atacarlo, sino cuando uno de ellos quiere fundarse en él para cometer una acción fraudulenta; como si quisiera ser eviccionado, haciendo pagar al donante los daños y perjuicios. Si, por el contrario, se simuló un contrato de venta para que el comprador tuviera la cosa bajo su custodia, y éste, abusando de la confianza en él depositada, la hubiera enajenado, la enajenación sería válida para el tercero de buena fe; pero el perjudicado podrá demostrar la verdad de la simulación, y repetir contra el enajenante de mala fe por los daños y perjuicios; porque, como dice Chardon, II, n° 49. «Si por una severidad intempestiva se rechazara la acción, se dejaría al culpable gozar impunemente del fruto de su doble fraude.»—Comp. FREITAS, art. 523. MERLIN. *Rep. Vº, Convención*, § 2. DURANTON, X. n° 350. LAROMBIÈRE, I, n° 8, al art. 1132. DEMOLOMBE, XXIV, n° 370 y nuestros arts. 501, 2058 y 2059.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 957.—Chardon, II, 112.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 957.—El reconocimiento judicial de la verdad de una escritura pública, inhabilita al que la ha hecho, para pedir la simulación del acto que contiene.—Jur. Com., VI, 174, Sér. 2º.



acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter (art. 956).

En la simulación absoluta puede anularse el acto por los terceros perjudicados, y aun por cualquiera de los contratantes, si éstos tuvieran un contra-documento privado, pero no se debe admitir la prueba testimonial.

Cuando en la simulación relativa se descubriera un acto serio, oculto bajo las falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio á tercero

(**Art. 956.**) La simulación es absoluta, cuando el acto nada tiene de real, como si una persona vende aparentemente sus bienes á otra para que se los conserve; no ha existido venta, ni intención de realizarla, es, como decía Baldo, *corpus sine anima*: actos de esta especie no existen. La simulación es relativa, cuando el acto encierra un fondo de verdad, ocultándose sólo su verdadero carácter; como si una donación se encubriera bajo la forma de venta, ó vice-versa. En estos casos la prueba debe traer la convicción al espíritu del magistrado, para restituir el acto á su verdadero carácter. Hay sumo peligro en admitir la prueba testimonial sin la escrita que la apoye, pero habrá casos de tal evidencia que los jueces resolverán por ella sola. Se pueden repetir las palabras de Ulpiano con relación á la cosa donada: el que intente una acción en virtud de esta estipulación, comete un dolo, l. 36, tit. 1, lib. 45, Dig. Freitas me parece más claro en la redacción del artículo cuando dice: «si la simulación fuere relativa y no hubiere intención de perjudicar á terceros, ni de violar las disposiciones de la ley, los actos no valdrán en el carácter aparente que tuvieran, sino en su verdadero carácter, si como tal pudieran valer»; porque si la donación perjudicara á los herederos y fuere encubierta por una venta, valdría hasta la porción disponible.

Nota del Dr. Velez Sarfield al art. 956.—Toullier, XVI, n° 176 y 180, trata extensamente este punto. Favard, dice así: «La simulación es una causa de nulidad, cuando tiene por objeto eludir una incapacidad establecida por la ley, ó dar una apariencia legal á un acto prohibido; mas cuando en ella no hay fraude hecho á las leyes, á las buenas costumbres, ó á los derechos de tercero, la simulación no es causa de nulidad en los actos, porque podrían hacerlo en la forma que quisieran, con tal que no fuera una forma prohibida.» *Repert. Verb. Simulation.*



(art. 958); pero si aquel de los interesados á quien perjudicase quisiera reducirlo á su verdadero carácter, será necesario presentar un contra-documento que lo explique; la confesión como medio de prueba sólo será admitida cuando no perjudique á terceros.

Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes ó de perjudicar á un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación (art. 959); así, una sociedad

(Art. 958.) Se supone la falta de intención de violar la ley ó de perjudicar á terceros, y si en estos casos se demostrase la simulación, encontrándose un acto verdadero, pero diferente del que probaba el acto mismo, deberá conservarse, si *como tal pudiera valer*, como dice Freitas. Si al demostrar que la venta no era tal, sino un préstamo á interés, si ambos tenían capacidad para celebrarlo, no habría razón para dejarlo sin efecto, y se reduciría á su verdadero carácter. En la simulación hay un grave peligro en admitir sólo la prueba testimonial, y debe exigirse un principio de prueba por escrito, pues como dice Chardon (Dolo y fraude n° 49), «bajo la apariencia de una convención simulada, existe siempre una verdadera, la que una vez demostrada debe ser protegida por los tribunales, como todos los demás actos». El único caso de excepción es en el contrato de matrimonio, en que no se debe permitir demostrar la simulación, aun cuando existiera un contra-documento; porque se supone, con razón, que la impaciencia propia de los esposos que están para unirse, los haría consentir á cualquier precio.—FREITAS, art. 525.

(Art. 959.) El Código ha aplicado en este artículo la regla: *propter turpitudinem allegans non est audiens*; y con razón, pues si ambos se han complotado para violar la ley, ninguno debe ser favorecido. Estos actos se pueden dividir en dos categorías: 1ª, cuando el contratante comete el fraude para perjudicar á sus herederos, simulando p. e., una venta, para dejarlos sin herencia; 2ª, cuando el contratante es perjudicado por la simulación, como si encubre una deuda de juego. En el primer caso, si el que hizo el fraude quisiera volver sobre sus pasos y recobrar la cosa enajenada aparentemente. ¿Qué podría alegar en su favor? El consentimiento ha sido libre, el

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 958.—Chardon, II, 112.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 958.—No la hay, en una simulación en que no se violan derechos de terceros ni leyes de orden público.—XXII.330.



para transportes que encubriere su verdadero objeto, p. e., el contrabando, continuaria como tal sociedad, sin que ninguno de ellos pudiera demandar al otro parte de las ganancias ilícitas.

Si hubiere sobre la simulación un contra-documento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, ó cuando fuese lícito, explicando ó restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contra-documento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes ó contra los derechos de un tercero (art. 960); porque los jueces no deben prestar su autoridad para proteger á los que violan las leyes.

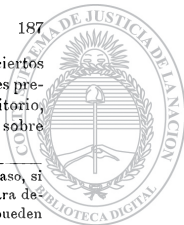
acto espontáneo y perfectamente voluntario. Sólo con un contra-documento podría atacarse; cualquier otra prueba debería rechazarse. En el segundo es diferente: se encubre una deuda de juego prohibido, y la ley no permite transformarla en obligación civil, está entonces autorizado para demostrar la causa real de la obligación; en el mismo caso podría repetir lo pagado, cuando sólo hay torpeza por parte del que recibe el pago, art. 795. Freitas, art. 526, agrega: «tampoco podrán reclamar contra terceros los que hubiesen simulado el acto para violar la ley ó perjudicar á terceros», y así debe entenderse nuestro artículo.

(Art. 960.) Corresponde á la ley de fondo determinar la prueba respecto de la simulación, porque ésta forma la sustancia misma del acto. Es muy difícil determinar la clase de prueba que se admitirá. Cuando la simulación ha sido provocada ó es el resultado de maniobras fraudulentas de una de las partes, la prueba testimonial tiene que servir de base para la demostración; pero si la simulación fué consentida voluntariamente, no habría razón para admitirla, pues le ha sido posible procurarse un contra-documento restableciendo la verdad del acto, garantiéndose contra sus consecuencias futuras. El artículo habla de un contra-documento para dejar sin efecto el acto

Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 959. — Declarada la simulación de un instrumento público, los derechos que de él emanaban deben justificarse por otros medios.—Jur. Com., III, 44, Sér. 1ª.

La acción de simulación de un acto público entre las partes que lo llevan á cabo, es improcedente siempre que se reconozca la existencia de un acto ilícito en perjuicio de tercero.—Jur. Civ., III, 220, Sér. 4ª.

La prueba de la simulación de un contrato, es procedente entre las partes que lo han llevado á cabo, siempre que el acto que se pretenda verdadero, no fuese ilícito ó prohibido por la ley.—Jur. Com., II, 283, Sér. 2ª.



Las leyes de una nación extranjera pueden permitir ciertos actos que son prohibidos en la Argentina, y nuestras leyes prevalecerán, cuando se trata de aplicarlas en nuestro territorio, sin que haya incongruencia con la regla de los arts. 6 y 7 sobre la capacidad de obrar.

ilícito, ó para restringir ó explicar el precedente: en el primer caso, si el acto constase en instrumento público y el contra-documento para dejarlo sin efecto fuere privado, los jueces á solicitud de parte pueden conocer de él, reduciéndolo á su verdadero significado; así en la enajenación de todos los bienes hecha por una persona para perjudicar á sus herederos, que fuera dejada sin efecto por un contra-documento, el mismo contratante podría atacarla, á diferencia del artículo anterior. Cuando el acto simulado se ha realizado voluntariamente, sólo debe admitirse la prueba escrita: pero si se tratare de un acto lícito que viene á alterarse por el contradocumento, el hecho asume caracteres más graves, pues viene á quedar sin efecto en parte; y los jueces deben ser muy circunspectos al admitir esta clase de pruebas. En uno y otro caso se salvarán los derechos adquiridos por terceros de buena fe, mientras el documento privado no esté anotado en la escritura matriz y en la copia. Así, la enajenación de los bienes vendidos por el propietario aparente, deberá mantenerse, á menos de demostrar la confabulación entre ambos. El contra-documento debe ser un acto serio, y no podrá contener cosa alguna contra la prohibición de la ley ó los derechos de terceros, pues en caso contrario no tendría valor alguno. — Comp. BONNIER, I, n° 142. LAROMBIÈRE, V, n° 18, al art. 1348. DURANTON, X, n° 357. CHARDON, II, n° 59. LOCRÉ, XVI, pág. 177, n° 40.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 960.—La simulación de las atestaciones de una escritura pública puede justificarse por contradocumento, en tanto se relacione con actos personales de los que han intervenido, de los cuales el oficial público, sólo afirma que se hizo manifestación, pero que no da fe de su existencia por ciencia propia.—Jur. Civ., VI, 179, Sér. 4°.

En la simulación de un instrumento público deducida por uno de los otorgantes, los tribunales sólo pueden conocer de ella cuando exista prueba por escrito; la testimonial es improcedente.—Jur. Civ., II, 58, Sér. 1°.

La de un instrumento público, si el que deduce la acción intervino en su formación ó tuvo conocimiento, sólo puede probarse por contradocumento.—IV, 268, Sér. 4°.

La de una escritura pública, cuando la acción se deduce por las partes que han tenido intervención directa en su formación, sólo puede declararse en virtud de un contra-documento: la prueba testimonial ó privilegiada, es procedente únicamente respecto de terceros.—VII, 197, Sér. 2°.

CAPITULO II

DEL FRAUDE EN LOS ACTOS JURIDICOS

§ 288.—CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PAULIANA

El fraude, dice Chardon, es el arte de desafiar ó menospreciar las leyes, bajo la apariencia de la sumisión; de violar los contratos pareciendo ejecutarlos, ó de engañar por el exterior de actos ó de hechos, no sólo á aquellos á quienes se despoja, sino á los tribunales cuyo poder podría invocarse.

El fraude difiere dolo en que éste se une á la persona á quien se engaña, haciéndola concurrir á la realización del acto; mientras el fraude se urde en el silencio y en la sombra, sin conocimiento ni participación de la persona á quien perjudica.

La ley concede la acción pauliana á *todo acreedor quirografario para demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio ó fraude de sus derechos (art. 961)*; y como

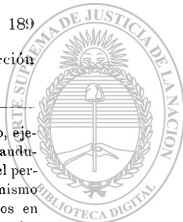
(**Art. 961.**) Este artículo difiere del 1167 del Cód. Francés, en que el Argentino acuerda á los acreedores quirografarios el derecho de hacer revocar los actos celebrados en fraude ó *en perjuicio* de los acreedores, y el Francés sólo los que fueren en fraude; de ahí las diferencias marcadas que haremos notar. Cuando el acto no es fraudulento no podrán pedir su revocación los acreedores á plazo, ni los condicionales; porque la acción pauliana sólo se concede cuando se demuestra la insolvencia del deudor en el momento en que la obligación viene á ser exigible. ¿Con qué derecho pediría la revocación un acreedor, cuya deuda no es exigible, si el acto no es fraudulento? Podría demostrar la insolvencia actual; pero no la que debería existir cuando la deuda se hizo exigible; más cuando el deudor es privado del término por haber sido declarado en quiebra ó concursado, puede autorizarse á demandar la revocación. El artículo separa perfectamente el caso de perjuicio del de fraude, pero en la nota el Dr. Velez Sarsfield parece darle otro significado, al decir: «no nos reducimos á disponer sólo sobre la enajenación que hiciera el deudor en fraude de sus acreedores, sino sobre todo acto fraudulento en perjuicio de los acreedores».

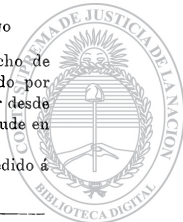


la ley no distingue entre los acreedores, puede ejercer esta acción el acreedor hipotecario en la venta del bien hipotecado.

dores»; confundiendo así el perjuicio que resulta del acto mismo, ejecutado sin ánimo de defraudar, con las consecuencias del acto fraudulento. Por el contrario, como lo veremos en el artículo siguiente, el perjuicio puede existir sin necesidad de ocurrir al fraude, y esto mismo se ve en el art. 967, donde pueden revocarse los actos ejecutados en perjuicio de los acreedores, sin haber fraude. Separados, pues, los casos de perjuicios que se pueden revocar en las condiciones del art. 962, examinemos las diferencias entre uno y otro. La acción de los romanos se fundaba en el fraude, así decía la l. 1, tit. 9, lib. 42, Dig. «dase una acción durante un año... para hacer revocar todo lo que se hubiera hecho por un deudor en fraude de sus acreedores, con el que ha tenido conocimiento de ese fraude.» Basta demostrarlo para autorizar al acreedor á hacer declarar nulo el acto. En estos casos los acreedores de plazo no vencido y aun los que fueren condicionales tenían derecho para anular el acto. ¿De qué se quejaría el deudor, si por su culpa obliga al acreedor á defender sus derechos? ¿De que la acreencia no es exigible? Como dice Demolombe (XXIV, n° 230): «el fraude jamás se estipula, y cuando se ha cometido en perjuicio de una persona, es el derecho incontestable de la legítima defensa el desmascararlo para hacerlo impotente.» Cuando es un crédito bajo condición suspensiva, es más difícil defender este derecho, pues no se sabe si la obligación llegará á existir; pero el acto fraudulento hiere en cierta manera el derecho y sería peligroso facultarlo para atacar al acto por un derecho que puede no existir; lo sería también el dejar que la cosa pasara á terceros de buena fe sin poder reclamarla, sino cuando la condición se cumpliera, quedando así á merced de los defraudadores. A estas consideraciones se puede agregar: que las pruebas de que dispusiera, cuando el fraude tiene lugar, podrían desaparecer, y vendría autorizar inmediatamente su demostración. Es en odio á la acción fraudulenta que se debe permitir al acreedor condicional para deducir, no la acción Pauliana, sino el ejercicio de derechos conservatorios, estando conforme con la opinión de Demolombe. Algunos sin hacer estas diferencias que nacen de la comparación de nuestro artículo con el 1167 del Francés, han confundido el caso de fraude con el de simple perjuicio.

Acreedor quirografario es todo aquel cuya acreencia consta de un documento escrito y comprende á los hipotecarios. El principio con-





La acción pauliana se funda en el principio de derecho de que toda persona está obligada á reparar el daño causado por su culpa, y la relación nace entre el acreedor y el deudor desde que se hubiere ocasionado el perjuicio ó cometido el fraude en daño del acreedor.

La acción pauliana es un remedio subsidiario concedido á los acreedores, y *para ejercerla es preciso* (art. 962):

sagrado por la antigua legislación se refería á las enajenaciones que el deudor hacía en fraude de sus acreedores, como la remisión ó renuncia de derechos, ó recibos anticipados de arrendamiento, etc.; pero no comprende los actos realizados, ó las omisiones en el ejercicio de derechos personalísimos, como sería la de consentir que su hijo menor se casara no alegando las razones que podrían impedir el matrimonio y privándose así del usufructo de sus bienes, por la emancipación, que es su consecuencia; la de rechazar una legitimación que podía serle provechosa, etc.—Véase ACBRY y RAT, § 313, texto y nota 5. TOULLIER, VI, n° 368. DEMOLOMBE, XXV, n° 150 y sig. COLMET DE SANTERRE, V, n° 82, *bis* II, y nuestros arts. 737, 954, 3310, 3340, 3351, 3352, 3808, 3963 y 4033.

(Art. 962.) En la nota anterior se habló del fraude para anular el acto, y se dijo que no había necesidad de demostrar la insolvencia del deudor; es una medida de defensa que puede tomar el acreedor; pero si el deudor demostrase que el acreedor no recibe perjuicio algu-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 961.—L. 7, Tít. 15, Part. 5ª.—Cód. Francés, art. 1167.—Sardo 1258.—LL. 1 y 10, Tít. 9, Lib. 42, Dig.—La acción Pauliana que llamaban los romanos, no tiene por objeto ni por resu tado hacer reconocer un derecho de propiedad á favor del que la ejerce, ni á favor del deudor, sino sólo salvar el obstáculo que se opone á las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados. Es siempre una acción meramente personal.

El artículo generaliza el principio. No nos reducimos á disponer sólo sobre la enajenación que hiciera el deudor en fraude de sus acreedores, sino sobre todo acto fraudulento en perjuicio de los acreedores. Así, serán revocables no sólo los actos traslativos de la propiedad, sino también la remisión de las deudas, el pago de deudas no vencidas; la hipoteca ó prenda de deudas no vencidas, ó ya vencidas pero originariamente contraídas sin estas garantías; los pagos por deudas vencidas por medio de entrega de bienes por un valor menor del que verdaderamente tuvieren. En los arrendamientos una renovación anticipada del contrato, una duración extraordinaria y que no es de uso en el país; el pago anticipado de muchos términos, disminución inmotivada del precio del arrendamiento, etc., etc.—Véase Chardon, II, 353.



1° *Que el deudor se halle en estado de insolvencia. Este estado se presume desde que se encuentre fallido (art. 962, n° 1).*

2° *Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, ó que antes ya se hallase insolvente (art. 962, n° 2);* es decir, que por el acto viniese á quedar insolvente.

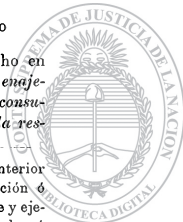
3° *Que el crédito, en virtud del cual se intenta acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor (art. 962, n° 3);* porque

no, probando su solvencia, el acto debe ser mantenido. El presente artículo se refiere sólo al perjuicio, sin tocar el fraude que requiere la intención de perjudicar. El acto puede ser ejecutado con perfecta buena fe, basta que perjudique á los acreedores para que puedan demandar la revocación, si la enajenación fuera á título gratuito.

X (Art. 962, n° 1.) La demostración de la insolvencia debe hacerse por el que pide la revocación del acto, á menos de encontrarse el deudor fallido ó declarado en quiebra. El acto cuya revocación se pide por los acreedores puede ser defendido por el otro contratante, demostrando que el fallido no está insolvente, en cuya hipótesis se declarará válido. La quiebra, en efecto, hace suponer la insolvencia; pero como puede suceder lo contrario, faltaría la razón para revocar el acto. No se puede decir que haya insolvencia cuando no se paga por tener excepciones que oponer. La insolvencia en caso de quiebra debe remontar á la época de la efectiva cesación de pagos, en los casos del art. 2409 del Cód. de Comercio, con la excepción del art. 1410. — DEMOLOMBE, XXV, n° 179.

(Art. 962, n° 2.) Cuando el acto se realizó estando insolvente, procede la revocación; pero la ley va más allá autorizándola, cuando por el acto mismo viniera á quedar insolvente. Es necesario averiguar previamente los bienes del deudor haciendo una tasación de lo que tiene; por eso se ha negado al acreedor de plazo no vencido, ó bajo condición suspensiva, para hacer esta investigación concediéndola sólo en caso de fraude. Si la insolvencia no resulta del acto mismo, sino de otro posterior, el acreedor nada podrá reclamar desde que no le ocasiona perjuicio alguno. Cuando se trata de diversos actos practicados sucesivamente, se revocarán sólo aquellos que produjeron la insolvencia del deudor. — LAROMBIÈRE, I, n° 16 al art. 1167. COLMET DE SENTERRE, V, n° 82, *bis* VIII.

(Art. 962, n° 3.) Cuando se trata de la acción por los perjuicios, es evidente que el acreedor posterior no puede producirla, porque el acto



si fuera posterior no ha podido perjudicarlo, ni ser hecho en fraude de sus intereses; *exceptuándose de esta condición, las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen ejecutadas para salvar la res-*

se realizó cuando no tenía interés alguno; su crédito debe ser anterior al acto cuya revocación se pide; pero en los casos de simulación ó fraude no rige esta regla. Los actos simulados fraudulentamente y ejecutados en vista de negocios peligrosos, con el ánimo de defraudar á los acreedores futuros, si la operación le saliere mal, pueden ser atacados por los acreedores posteriores. Y un ejemplo lo tenemos en el art. 963, cuando se tratare de cometer un delito y salvar de las consecuencias de los daños y perjuicios. Cuando un acreedor encuentra que su deudor ha enajenado todos sus bienes, nadie puede negarle el derecho de mostrar que esa enajenación es simulada, aunque su deuda sea posterior. La ley no sólo castiga el fraude para perjudicar al acreedor existente, sino también el preconcebido con el objeto de salvar las responsabilidades futuras, pero hace esta diferencia: cuando la acreencia es anterior al acto fraudulento, se ejerce la acción pauliana; cuando es posterior, la de la simulación, demostrando que los bienes no han salido de poder del deudor. Cuando el acto se ha practicado con intención de defraudar al acreedor quedando inslvente, el demandado no puede alegar que la acreencia consta de documento privado y no tiene fecha cierta sino desde su prestación en juicio; porque esta disposición sólo tiene por objeto salvaguardar los intereses de los terceros contra la posibilidad de la antidata, hipótesis que no puede tener lugar en este caso, sino demostrando que el documento fué antdatado.—Comp. AUBRY y RAU, § 313, nota 15. FREITAS, art. 534 á 536. TOULLIER, VI, n° 341. DURANTON, X, n° 573.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 962, n° 3.—L. 10, § 1, y LL. 15 y 16, Lib. 42, Tít. 9, Dig.—Aubry y Rau, I ib. 4, § 313.—Toullier, VI, n° 341.—Delvincourt, II, 526.—Duranton X, n° 573.—Zachariæ, II, 343: En estos últimos tiempos, Mimerel publicó una extensa monografía, sosteniendo una sentencia de la Corte Suprema de Casación de Francia, que declaró en 1852 que los acreedores á los cuales perjudicase la conservación de un acto del deudor, tenían derecho á hacerlo revocar cualquiera que fuese la fecha de sus títulos, si fuere fraudulento. El autor dice, que ni en el Derecho Romano, ni en el Derecho Francés, hay disposición alguna expresa sobre la materia; que poco importa la fecha de los títulos si el fraude existe, si los derechos de los acreedores hubiesen sido defraudados; que la existencia de la condición necesaria, el fraude del deudor, para crear la acción revocatoria, no implica en manera alguna contradicción con la



ponsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho á ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irroge el crimen (art. 963); pero si al ejecutar las enajena-

(Art. 963.) Este artículo inspirado por Chardon (*Dolo y fraude*, II, n° 201), confunde el acto hecho en perjuicio del acreedor, aunque no hubiera fraude, si fué á título gratuito, con el simulado y fraudulento. En este último caso, no es la acción pauliana la que se ejerce, porque se trata de actos anteriores al nacimiento de la acreencia, y no se pueden decir ejecutados para defraudar á acreedores que no existían. De la manera absoluta como está concebido nos conduciría á gravísimos errores: porque resultaría que cualquier enajenación podría anularse siempre que el enajenante (que después cometió el delito) hubiera tenido la intención de defraudar, aunque el adquirente lo ignorara, y no hubiera confabulación; lo que no es exacto. Se trata de las enajenaciones hechas en previsión de un crimen, y es necesario probar la confabulación con el tercero, para que los perjudicados con el crimen

falta de derechos ya existentes al tiempo de la realización del acto del deudor, porque ha podido ser concebido en mira de los acreedores futuros, para evitar las consecuencias de una empresa peligrosa. Encerrar, dice, en un estrecho círculo la aplicación de la ley, es disminuir su moralidad. ¿Qué podría decirse de una ley que castigase el fraude instantáneamente organizado, y cubriese el fraude preconcebido?

A estas y otras consideraciones contestan los jurconsultos Aubry y Rau, diciendo que las dificultades que se exponen, nacen de confundir la acción Pauliana con la acción de simulación, y que una enajenación simulada puede ser siempre demandada, como que los bienes no han salido del dominio del deudor. Respecto á la sentencia en que se apoya Mimerel, los autores citados le oponen multitud de sentencias que han juzgado lo contrario.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 962.—Para el rechazo de la acción Pauliana basta justificar que el deudor al hacer la transferencia tenía bienes suficientes para el pago de sus deudas.—Jur. Civ., VI, 160, Sér. 2°.

Para que el acreedor tenga derecho á deducir la acción Pauliana, ó de simulación de los actos del deudor, es indispensable que su crédito sea de fecha anterior al acto que se pretende anular.—Jur. Civ., IV, 285, Sér. 4°.

Nota: Se ha confundido la simulación con el fraude ó perjuicio á los acreedores. Cuando el acto es simulado, cualquiera de los acreedores puede demostrar que el bien no ha salido de poder del deudor por la simulación; basta para esto tener un interés actual; no hay necesidad de ser acreedor anterior.—(N. del A.)

Es requisito esencial para la procedencia de la acción pauliana: a) que el acto del deudor sea voluntario; b) que se haya celebrado en perjuicio ó fraude de los derechos del acreedor que acciona.—I, 128, Sér. 6°.



ciones no hubiera tenido tal propósito, los actos serían válidos; así, es necesario demostrar la intención dolosa y la confabulación para imponer las responsabilidades del crimen.

La acción pauliana es puramente personal, se limita a resguardar los derechos de los acreedores, y no puede ejercerse sino en la medida de ese derecho y hasta salvar el perjuicio.

No se deben confundir los casos de fraude con los de simulación, porque en éstos la revocación no tiene lugar en virtud de la acción pauliana, sino que se restablecen las cosas en el estado en que estaban antes de la simulación, y cualquier acreedor, sea anterior ó posterior, puede ejercerla.

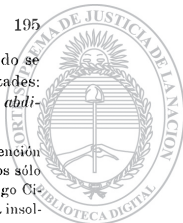
tengan derecho á atacarla; pero no se debe confundir con la acción de simulación, en que no solamente tendrían derecho los perjudicados con el crimen, sino los demás acreedores posteriores, probando que los bienes no han salido del poder del que cometió el crimen; no hay, pues, acción pauliana, ni se debe limitar á los perjudicados con el crimen, cuando hay simulación. Podemos agregar: en los casos de crimen, podrán revocarse las enajenaciones hechas á título gratuito, equiparándose á los de insolvencia del art. 967. Chardon habla del fraude, citando á Bouhier, quien dice: «Muchos autores enseñan que las enajenaciones y donaciones hechas por aquel que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes, pueden ser anuladas, si se prueba que han tenido por objeto poner á cubierto los bienes del culpable.» Con frecuencia se confunde la simulación, que sólo tiene por objeto ocultar un acto que no existe, con el fraude que es un acto serio, real, que perjudica á los acreedores; en este último caso, se concede la acción pauliana sólo á los acreedores que lo eran cuando se realizó el acto y por excepción en el de crimen, á los perjudicados; pero en la simulación no hay acción pauliana, sino la reconstitución del acto tal cual es; es decir, la demostración de que los bienes son del deudor.—Comp. MERLIN, Rep. Vº, *Simulación*, § II. LAROMBIÈRE, I, nº 63 al art. 1167 que trata extensamente esta materia dominándola por completo. AUBRY y RAU, § 213, notas 14 y 49.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 963.—Véase Chardon, II, 367.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 963.—Puede pedirse la revocación de un acto jurídico celebrado en perjuicio de un acreedor, aunque el crédito sea de fecha posterior al acto, siempre que se trate de acciones provenientes de un crimen.—XVII, 228.

Puede pedirse la revocación de un acto no sólo cuando se hubieren enajenado bienes, sino respecto de ciertas facultades: así dice el (art. 964) *si el deudor por sus actos no hubiere abdi-*

(Art. 964.) El fraude debe llenar dos condiciones: 1ª, intención de defraudar; 2ª, perjudicar á los acreedores. Entre los romanos sólo en esas condiciones se concedía la acción pauliana; pero el Código Civil la ha extendido al simple perjuicio, cuando el deudor quedara insolvente, y por eso da derecho á los acreedores para demandar la revocación de los actos á título gratuito, como donación, remisión, etc., ejecutados de buena fe por ambas partes; para las dos hipótesis exige que la acreencia sea anterior al hecho; pero también la concede á los acreedores posteriores, cuando la acción simulada y fraudulenta ha tenido por objeto los acreedores futuros, como en el caso del crimen del artículo 963. En el Derecho Romano se negaba la acción pauliana por toda omisión, porque como decía la ley 6, § 2, tit. 9, lib. 42, Dig.: «el que rehusa adquirir, no disminuye su patrimonio existente»; pero en nuestro derecho sucede lo contrario; si el deudor renunciare á facultades que pudieron mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden ejercerlas, haciendo revocar el acto. La dificultad consiste en determinar cuáles son esas facultades. Se ha dicho en general, que las facultades inherentes á la persona pueden renunciarse; pero eso no es resolver la dificultad, sino cambiarla. La aceptación de la herencia no puede ser impugnada por los acreedores, porque está resguardada con el derecho que tienen para pedir la separación del patrimonio (art. 3433); pero sí pueden hacerlo en caso de renuncia. Cuando se renuncia al usufructo legal, si la privación proviene de haber permitido á su hijo emanciparse, el acto no puede ser atacado; mientras lo sería si renunciase al usufructo sin causa alguna. No puede ser atacada la renuncia al pacto de preferencia, porque no es cesible ni pasa á los herederos, art. 1396. La revocación de una donación por causa de indignidad no puede pedirse sino por el donante ó sus herederos, art. 1864. Véase lo que decimos en el comentario á dicho artículo. En el mismo sentido se resolvería el caso de exclusión por causa de incapacidad ó de indignidad (art. 3304), que sólo pueden ser demandadas por los parientes á quienes correspondería suceder á falta del excluido. Los acreedores deberían estar autorizados á ejercer esas facultades que privan á su deudor de bienes que mejorarían su fortuna. Con relación á las cuestiones de estado de familia, como el reconocimiento de hijos naturales, ó el rechazo de una legitimación que





cado derechos irrevocablemente adquiridos, pero hubiese renunciado facultades, por cuyo ejercicio hubiese podido mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar actos y usar de las facultades renunciadas; es así, como los acreedores pueden pedir la revocación de la renuncia á una sucesión deferida al deudor, ó á un derecho de opción, en lo que defiere de la acción pauliana, que sólo se concede por las enajenaciones.

Cuando se deduce la acción pauliana, el derecho del acreedor se limita á garantizar su acreencia y prevenir el perjuicio, así es que *la revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubieren pedido, y hasta el importe de sus créditos (art. 965);* porque obrando en su interés

puede serle provechosa, ó de una separación con la mujer, no podrán ser atacados, y producirían su efecto, como dice Larombière (al artículo 1167): «en cuanto ellos constituyen un estado civil que es indiferente á los terceros, desde que han recibido una satisfacción legítima en cuanto á sus intereses particulares.» Si el reconocimiento rechazado, ó la separación fueren simuladas, con el objeto de perjudicar á los acreedores, podrían atacarlas. Colmet de Santerre, V, n° 82, *bis* II, sostiene que no se puede revocar la renuncia por causa de ingratitud. —Comp. AUBRY y RAU, § 313, nota 5. y nuestros arts. 3351, 3808 y 3963.

(**Art. 965.**) La acción pauliana se concede cuando el acreedor confabulado con el tercero ha tenido la intención de perjudicar á los acreedores; y se da igualmente en las enajenaciones de buena fe, á título gratuito, cuando el deudor hubiera quedado insolvente; entonces la acreencia debe ser anterior á la ejecución del acto, con excepción del

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 964.—El Derecho Romano no admitía la acción Pauliana, cuando el deudor había simplemente dejado de aumentar su fortuna (L. 6, Tit. 9, Lib. 42. Dig.). El acreedor no estaría, en el caso del artículo, obligado á probar un fraude en el hecho del deudor, porque podía no haber sino una negligencia respecto á sus intereses, ó una liberalidad hacia sus coherederos; pero un hombre que ha contraído obligaciones positivas, y que no cuida ó renuncia los medios de cumplirlas, comete sin duda una falta grave que puede equipararse al dolo. El heredero que renuncia una sucesión, abdica en verdad un derecho adquirido; pone fuera de su alcance lo que la ley le daba; enajena verdaderamente.—Aubry y Rau, Lib. 4, § 313.—Pothier, *De las donaciones entre esposos*, n° 88.—Chardon, II, 449.—El Cód. Francés. artículos 788 y 2225, conforme con nuestro artículo.



personal, los demás no deben aprovechar de su gestión, aunque art. 963. Los perjudicados por un acto simulado y fraudulento, aunque sean acreedores posteriores, pueden atacarlo, no en virtud de la acción pauliana, sino con el derecho que tienen para reclamar los bienes ocultados por el deudor insolvente. Cuando se intenta la acción pauliana, la revocación tendrá lugar en favor de los acreedores demandantes; es decir, que sólo ellos serán pagados, y si sobrase algo, se le entregará al adquirente fraudulento en los casos de fraude, y al de buena fe, en las enajenaciones á título gratuito.

Ha sido controvertida esta opinión en la jurisprudencia francesa; el Código se ha decidido por la más probable que consulta mejor los principios. Con relación á la evicción, es muy dudosa la opinión que sostiene el derecho del adquirente fraudulento para reclamar el precio del enajenante. Los principios que rigen la materia nos llevan á sostener la contraria opinión. En efecto, la evicción es una condición natural de la compra-venta y no se puede renunciar, cuando hubiere mala fe en el enajenante; pero si el adquirente conocía el peligro antes de la adquisición, sólo será responsable cuando expresamente se hubiere pactado, art. 2106. Ahora bien; el que se confabuló con el deudor para defraudar á los acreedores, ó conociendo su insolvencia consiente en la adquisición, conoce el peligro, sabe que el acto puede ser revocado, ó consiente en correr el riesgo. Por otra parte, no habría moralidad en fomentar el fraude garantiendo la impunidad al fraudulento.

Es cierto que el enajenante fraudulento aprovecharía á su vez del precio recibido; pero no habría realizado la acción si no hubiera encontrado con quién ejecutar el fraude, y tendría derecho para retener lo recibido, porque hubo torpeza por ambas partes, art. 795. Por otra parte, habría inmoralidad en que la justicia conociese de semejantes reclamaciones. Vencido el adquirente, si no ha sido condenado en las costas del juicio por no haber existido temeridad, el importe de éstas no se computará ni se unirá al valor de los créditos; pero sí, en caso contrario. Cuando el acreedor que persigue la revocación es solidario y ha cobrado el total de la acreencia, aprovechará á sus co-deudores.—Comp. AUBRY y RAU, § 313, nota 5. DEMOLOMBE, XXV, n.º 263 á 268, en contra: LAROMBIERE, I, n.º 62, al art. 1167, y COLMET DE SANTERRE, V, n.º 82, *bis* XIII y XIV.

Cuando los bienes cuya enajenación se revocó fueron vendidos, una vez pagados los demandantes, el remanente no está libre de nuevos embargos, por parte de los otros acreedores, hasta la concurrencia del precio total.

puedan servirse de la prueba dada, que se tomará en cuenta en lo pertinente.

§ 289.—DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE LOS BIENES DEL DEUDOR

La enajenación hecha por el deudor, puede hacerse á título oneroso ó gratuito.

Si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor á título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar á sus acreedores, y que el tercero, con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude (art. 968); hay, pues, necesidad de confabulación, y

(**Art. 968.**) Del ejemplo de Chardon citado en la nota por el Dr. Velez Sarsfield, se deducen consecuencias que no están conformes con las doctrinas enseñadas por el código. Tratándose de revocar un acto del deudor que ha quedado insolvente al realizarlo, cuando fuera á título oneroso, es necesario: 1º, la intención de defraudar en el deudor; 2º, que el adquirente sea su cómplice; 3º, que se demuestren ambas cosas por los acreedores. La complicidad sólo se presume cuando el adquirente conocía el estado de insolvencia. De las conclusiones á que llega Chardon en su ejemplo, se deduce que bastaría el vil precio en que se venda la cosa para suponer el fraude, pero el Código Argentino no la admite con razón; porque la venta á vil precio de una cosa no autoriza á averiguar el estado de los asuntos del vendedor. No basta tampoco la intención de defraudar de parte del enajenante, si el adquirente tenía buena fe, y no hacía sino aprovechar esos momentos en que las personas apuradas venden las cosas por la mitad de su valor. Pensar de otra manera, no sólo sería imposibilitar los contratos, sino poner un límite ridículo á la libertad de disponer de lo suyo. Lo único razonable sería exigir que el deudor quede insolvente por el acto mismo, y que ese estado lo conozca el adquirente, aunque el art. 969 exija que sepa al tratar el estado de insolvencia del deudor; para esto será necesario una declaración previa de la autoridad competente, como en los casos de quiebra ó de concurso. Será una cuestión de hecho. Pero cuando el deudor ha vendido por cien una cosa que vale 150, debiendo 200, no bastará este acto ejecutado con intención de defraudar para hacerlo revocable, si el comprador ignoraba el estado de los negocios de éste, y tal ignorancia debe reputarse cuando falta la de-



debe demostrarse por el demandante, admitiéndose toda clase de prueba; pero *el ánimo del deudor de defraudar á sus acreedores por actos que le sean perjudiciales, se presume por su estado*

claración del concurso ó de la quiebra.—Comp. CHARDON, *Dolo y Fraude*, II, n° 205 y 206.

Se ha preguntado, si el pago hecho por el deudor insolvente podría revocarse y en qué casos. El pago es el cumplimiento de la obligación contraída; por consiguiente, es sólo un efecto y debe estar sometido á las reglas que rijan la obligación misma; si ésta era á título gratuito, el pago se revocará demostrando la insolvencia del que lo hizo; si es á título oneroso, se revocará únicamente cuando se demuestre que fué hecha en fraude de los acreedores. La acción pauliana no se concederá, cuando el pago se ha obtenido usando de un derecho propio del acreedor que cobra lo que le es debido, *nihil dolo facit creditor, qui suum recipit*, decía una regla de derecho romano. El conocimiento que el acreedor hubiera tenido de los malos negocios del deudor, ó de su insolvencia no declarada, no bastaría para anular el pago, sino en los casos de quiebra á que se refiere el Código de Comercio. Los principios que acabamos de exponer, rigen igualmente para los casos de fianza, prendas ó hipotecas obtenidas por el acreedor de un deudor, que aun no ha sido declarado insolvente. Y esto se extiende aún á los pagos de acreencias no vencidas, cuando se demostrase que el acreedor ha procedido á su descuento por propias necesidades; sin embargo, sería una presunción digna de tenerse en consideración, estos pagos anticipados. Los jueces deben apreciar el hecho y las circunstancias de que está rodeado para deducir la consecuencia de su moralidad, como lo juzgó la Corte de Casación francesa en el fallo del 24 de Noviembre de 1835, caso Michaud.—Comp. AUBRY y RAU, § 313. texto n° 2, letra d. LAROMBIÈRE, I, n° 40, al art. 1167. DEMOLOMBE, XXV, n° 225 y 226. PROUDHON, *Usufructo*, V, n° 2367, y nuestros arts. 737, 1576, 2933, 3310, 4033.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 968.—L. 7, Tit. 15, Part. 5ª.—L. 6, § 8, Tit. 9, Lib. 42, Dig.—Suponed dice Chardon, que el propietario de un terreno que vale cien mil francos, lo vende por sesenta mil, ascendiendo sus deudas á cuarenta mil; sus acreedores no podrían intentar la revocación del acto, sino probando que esa venta á vil precio no había sido hecha por su deudor, más que para disponer del dinero en perjuicio de ellos. Pero suponed, por el contrario, que en el caso de esa venta, las deudas del vendedor ascendieran á ochenta mil, en tal caso la vileza del precio, unida á su insuficiencia para pagar todas las





de insolvencia. La complicidad del tercero en el fraude del deudor, se presume también si en el momento de tratar con él conocía su estado de insolvencia (art. 969); ambas presunciones pueden desvanecerse por la prueba contraria.

(Art. 969.) Se trata de averiguar la intención del deudor al realizar el acto jurídico, así como la del acreedor ó persona con quien contrata. El deudor debe conocer su estado de insolvencia cuando tiene libros y lleva sus cuentas debidamente, y en ese caso los actos que realiza son reputados fraudulentos por su parte, salvo la prueba en contrario, pues no se condenarán sin averiguar si han producido beneficios y aumentado su caudal, como si verificara una venta por mayor valor del que tiene la cosa. Pero si no hubiera llevado libros, ni apuntes, como sucede muchas veces, no sería extraño que ignorase el estado de sus negocios. Los jueces deben tener en consideración estas circunstancias para juzgar en cada caso, partiendo del principio de que la intención de defraudar se presume, si conocía su estado de insolvencia. Es una cuestión delicada y difícil la de determinar, si las nuevas acreencias que contrae un deudor insolvente están sujetas á la acción pauliana y pueden revocarse. A primera vista resulta la injusticia con que se pro-

deudas, daría derecho á los acreedores para la acción revocatoria, sin estar obligados á probar directamente el propósito fraudulento del deudor.—X, n° 205.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 969.—*La declaratoria de pobreza pedida por el marido con motivo del juicio de divorcio y separación de bienes antes de la enajenación, demuestra que ésta ha sido en fraude de los derechos de la mujer. El conocimiento de dicha declaratoria por parte del comprador, y el pago del precio hecha con la cancelación de un crédito de mucho menos valor, demuestra su complicidad en el fraude.—XXIV, 177.

*Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 968.—*La nulidad de una venta llevada á efecto por un insolvente con el objeto de defraudar á sus acreedores, debe ser declarada, evidenciada que sea la complicidad del comprador.—Jur. Com. III, 156, 222, Sér. 1°.

La complicidad del comprador aun á título oneroso, hace procedente la revocación del acto que defrauda á los acreedores.—Jur. Civ., VII, 130, Sér. 1°.

Para que proceda la revocación de los actos á título oneroso, llevados á efecto por el marido con perjuicio de los intereses de la esposa, es requisito indispensable justificar la complicidad del tercer poseedor; no basta probar la simulación de las primeras enajenaciones, ni aun el conocimiento que del fraude tenían los anteriores adquirentes.—Jur. Civ., I, 5, Sér. 3°.

Para conseguir la nulidad de una venta á título oneroso, no basta probar que ha sido con detrimento de los derechos de un acreedor, se requiere además probar la complicidad del tercero.—Jur. Civ., II, 419, Sér. 1°.

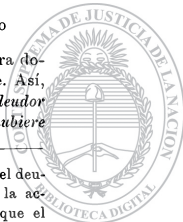


Cuando el adquirente de mala fe, ó que se confabuló con el deudor hubiese enajenado los bienes á terceros de buena fe, no podría deducirse la acción pauliana, demostrándose así que es una acción personal; pero si el adquirente de buena fe á título gratuito los hubiera enajenado bajo el mismo título á terceros de buena fe, podrá ejercerse la acción pauliana-*contra* esos ter-

cedería si tal acción se concediera, sin que hubiera complicidad por parte del acreedor, y por eso el código las niega. La regla general es: todos los actos practicados por el deudor insolvente no declarado tal en juicio, aunque sean con el objeto de defraudar á sus acreedores, se reputan válidos, á menos de demostrar la complicidad con el otro contratante. Se presume que el tercero estaba en connivencia, cuando conocía el estado de insolvencia del deudor; pero aun esta presunción puede desvanecerse por la prueba contraria. ¿Cuándo se reputa que el tercero ha tenido conocimiento de la insolvencia? Son cuestiones de hecho. Por ejemplo, si sabiendo que una persona se encuentra insolvente, se le presta una cantidad de dinero con la cual hace un negocio en que mejora de posición, ¿qué juez declararía nulo tal préstamo? Del mismo modo, si conociendo la insolvencia compré al deudor una cosa por el doble precio de su valor en plaza. La connivencia debe ser con el objeto de defraudar á los acreedores; si esta intención no se encuentra, el acto será válido, aunque se hubiere ejecutado conociendo la insolvencia; es necesario que los actos les sean *perjudiciales*. En general, se debe establecer como regla: el fraude y la confabulación deben demostrarse por los acreedores perjudicados, salvo en caso de presunción legal, en que la prueba correspondería al tercero de que el acto realizado no ha sido perjudicial.

Demolombe (XXV, n° 224), dice, con verdad, á mi juicio: «y la circunstancia de que en razón de esta insolvencia el acreedor hubiera estipulado seguridades especiales, como una hipoteca ó una fianza, no bastarían para exponerlo á la acción pauliana, de parte de los otros acreedores.» Y porque de otra manera sería cerrar las puertas al insolvente para mejorar de fortuna, intentando negocios lícitos con el objeto de levantarse.—Comp. AUBRY y RAU, § 313, texto n° 2, letra d. TOULLIER, VI, n° 349, y l. l. 15 y 17, tit. 9, lib. 42, Dig.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 969.—LL. 15 y 17, Tit. 9, Lib. 42, Dig.—Aubry y Rau, Lib. 4, § 313.—Toullier, VI, n° 319. Respecto de los terceros, l. l. 6, § 8, 10, § 2 y 8, Tit. 8, Lib. 42, Dig.



ceros; del mismo modo, si el adquirente de mala fe hubiera donado á otro los bienes adquiridos, podrían reivindicarse. Así, dice el (art. 970): *si la persona á favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial á sus acreedores, hubiere*

(Art. 970.) Dijimos, que aun en el caso de buena fe entre el deudor y el tercero en la enajenación á título gratuito se concedía la acción pauliana á los acreedores perjudicados, á fin de impedir que el deudor beneficiara á un tercero con los bienes de sus acreedores; pero si el tercero transmitió á otro sus derechos adquiridos, se debe distinguir: si lo hizo al mismo título, la posición no ha cambiado y el derecho ó la cosa puede ser reclamado; si fué á título oneroso se revocará sólo demostrando el fraude entre el nuevo adquirente y el deudor. Cuando el deudor y el tercero hubieren estado en connivencia para perjudicar á los acreedores, si el nuevo adquirente á título oneroso tenía buena fe, en nada le perjudicaría la mala fe de ambos; recíprocamente, si el tercero hubiera tenido buena fe en nada le aprovechara, si el adquirente era cómplice del deudor. Cuando la cosa hubiera pasado á sucesivos adquirentes por el mismo título, se podrá ejercer la acción pauliana, contra el que la posea, si no estuviera prescripta. El tiempo para la prescripción se contará desde la primera enajenación. No se debe confundir la acción pauliana con la de nulidad, pues aquélla tiene por objeto revocar un acto válido, mientras ésta lo ataca en su esencia; aquélla tiene por base la intención de las personas y el perjuicio causado; ésta, la forma ó condiciones esenciales del consentimiento, capacidad de la persona ú objeto sustancial del acto; aquélla sólo revoca el acto en lo que perjudica á los acreedores; ésta lo anula totalmente.

El Dr. Freitas, art. 531, niega el derecho de revocación contra ulteriores adquirentes, aunque fueran de mala fe, creyendo que ésta no puede considerarse como una presunción de connivencia con el primitivo deudor, pues no ha tenido relación alguna de derecho con él. El Código habla del que hubiere adquirido el derecho del tercero; pero estando en la misma situación los que le siguen, debe comprenderlos la disposición.—Comp. sobre este artículo, AUBRY y RAU, § 313, texto en las notas 18 y 24. DEMOLOMBE, XXV, n° 197. LAROMBIÈRE, I, n° 26 y sig. y GOYENA, art. 1178.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 970.—Aubry y Rau, Lib. 4, § 333.—Proyecto de Goyena, art. 1178.



transmitido á otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude.

La buena fe del adquirente á título gratuito, no lo liberta de devolver la cosa recibida, si existiera, si con la enajenación el deudor hubiera perjudicado á sus acreedores; por eso dice el (art. 967): *si el acto del deudor insolvente que perjudicase á los acreedores fuere á título gratuito, puede ser revocado á solicitud de éstos, aun cuando aquel á quien sus bienes hubiesen pasado, ig-*

(Art. 967.) Cuando el acto fuere á título gratuito, bastará demostrar el perjuicio para que la revocación tenga lugar, decidiendo así una cuestión controvertida en la jurisprudencia. La doctrina del código es clara: concede la acción pauliana, en los casos de fraude; la concede igualmente en el de simple perjuicio, si el acto es á título gratuito, aunque el deudor y el tercero tuvieran buena fe. Si bien es cierto que el artículo se refiere á bienes pasados á poder del tercero, no debemos limitarlo, porque el art. 961 comprende cualquier acto, como la remisión ó la renuncia según lo explica en la nota el Dr. Velez Sarsfield. Se aplicará, pues, á las facultades que hubieran podido mejorar su fortuna, pues de otro modo haríamos una distinción que no hace el código, concediendo la revocación del acto á título gratuito, cuando se refiere á los bienes, y negándola á los derechos y facultades que pueden enriquecerlo. Cuando el deudor hubiere quedado insolvente ó lo estuviese sin saberlo, la ley autoriza á revocar el acto á título gratuito, no porque suponga culpa en el inocente que ha sido beneficiado, sino porque no es justo que el deudor done lo que pertenece á sus acreedores. El acto debe ser en perjuicio de los acreedores, y lo será si quedara insolvente; pero si la insolvencia proviniera de actos posteriores, aunque fueran legítimos é inatacables, el demandado sería protegido. Cuando la cosa recibida gratuitamente ha sido consumida de buena fe, no habrá lugar á restitución, según los arts. 738 y 1055. La legislación romana era contraria á estas conclusiones: «La disposición del edicto no tendrá lugar contra aquel que había hecho negocios con el deudor sin saber que debía resultar perjuicio para los acreedores.» L. 6, § 8, tit. 9, lib. 42, y l. 79, tit. 17, lib. 50, Dig.—Comp. AUBRY y RAU, § 313, texto á la nota 18. DEMANTE, II, n° 471, bis I y II. COLMET DE SAN-



norase la insolvencia del deudor; pero sea la enajenación á título oneroso y gratuito, el tercero á quien hubiesen pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado, ó dando fianzas suficientes sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren á satisfacerlos (art. 966); demostrán-

TERRE, V, n° 32, *bis* IX y X; en contra TOULLIER, VI, n° 348. DEMOLOMBE, XXV, n° 191 y sig. LAROMBIÈRE, I, n° 14, al art. 1167. Véase nuestros arts. 968, 2933, 3310, 3351 y 3521.

(Art. 966.) La acción pauliana se diferencia de la ejercida en caso de simulación fraudulenta, en que ésta tiene por objeto volver los bienes al patrimonio del deudor, mientras la otra no los vuelve, los hace ejecutables en poder del adquirente hasta pagar los créditos reclamados; de donde nace esta consecuencia importante: el demandado por la acción pauliana puede desinteresar á los acreedores pagándoles sus créditos. ¿Podrán los otros acreedores que se encontrasen en el mismo caso pedir nuevamente la revocación? Si, hasta el precio total de la cosa enajenada, si son acreedores anteriores.

La subrogación legal no tiene lugar, porque no es el caso del art. 768, pero puede operarse la convencional. Puede también el adquirente afianzar el pago íntegro de los créditos, y ese acto equivale al pago, pues ha novado la obligación. Si un tercero hubiera pagado á los acreedores, sin hacerse subrogar en sus derechos, no podría dedu-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 967.—El Código Francés conforme con el artículo, como se infiere de los artículos 622, 768, 1053 y 2225. El Derecho Romano sólo hacia revocables las enajenaciones á título gratuito, cuando hubiese fraude por parte del deudor. (L. 1 y 6, §§ 8 y 12, y L. 10, Tit. 9, Lib. 42, Dig.). Las Leyes de Partida no exigieron que se probase el fraude del deudor, en el caso del artículo, sino que bastaba su insolvencia. (L. 7, Tit. 15, Part. 5°.) En contra del artículo, y conforme con el Derecho Romano, Toullier, VI, números 348 hasta 354.—Zachariae, § 313, con la nota 7.

Conforme con el artículo, Aubry y Rau, Lib. 4, § 313. El fraude del deudor deb: presumirse desde que se halle insolvente, ó á lo menos una grave culpa, en sus efectos igual al dolo. Respecto á los terceros, los actos á título gratuito no deben depender de la buena fe del deudor, porque los terceros que sólo tratan de obtener una ganancia, se enriquecerían lo mismo, teniendo el deudor mala fe, á costa de los acreedores que sólo tratan de evitarse un perjuicio.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. Aplicación del art. 967.—La cesión á título gratuito, en perjuicio de un acreedor, debe ser revocada aunque el tercero cesionario ignore la insolvencia del donante.—Jur. Civ. II. 419. S6r. 4°.



dose así que la acción de los acreedores sólo se limita á los créditos, y no tiene por objeto la nulidad del acto, sino su revocación en cuanto atacare sus derechos.

La acción pauliana sólo se concede á los acreedores perjudicados, y no tiene por fin hacer entrar los bienes enajenados en el patrimonio del deudor; en lo que se diferencia fundamentalmente de la nulidad que ataca el acto en su base, y de la reivindicación que reclama la cosa.

Y si la ley ordena que una vez *revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas deben volverse devolverse* por el que las adquirió, cómplice en el fraude, con todos sus frutos como poseedor de mala fe (art. 971), no es

cir la acción pauliana, porque sería acreedor posterior, y sólo tendría derecho para demandar aquello en que el pago fué útil al demandado.

Cuando se tratase de la renuncia de facultades que pudieron mejorar la fortuna del deudor, el que aceptó la renuncia puede desinteresar á los acreedores abonándoles sus créditos.—Comp. AUBRY y RAU, § 313, texto y nota 7. LAROMBIÈRE, I, n° 19. DURANTON, X, n° 573.

Freitas, art. 542, hace cesar la acción, cuando el deudor hubiera adquirido bienes para pagar íntegramente á sus acreedores, porque entonces desaparece la causa de la revocación; lo que debemos admitir en nuestro derecho.

(Art. 971.) Cuando la revocación ha tenido lugar hay que distinguir: a) si se revocó habiendo buena fe por parte del adquirente á título gratuito, porque el acto hubiere perjudicado á los acreedores; b) si lo fué porque hubo confabulación entre el deudor y el tercero para perjudicar á los acreedores; c) si hubo simulación fraudulenta. En el primer caso la devolución de la cosa debe hacerse en el estado en que se encontrare, y si la hubiere consumido nada deberá; si ha pasado á un ulterior adquirente de buena fe por título oneroso, no deberá el precio recibido, porque el acto no ha podido ser atacado, y se le considera como poseedor de buena fe, haciendo suyos los frutos percibidos, pero no los pendientes.

b) Cuando el acto fué fraudulento por ambas partes, el adquirente será considerado como poseedor de mala fe, y deberá los frutos perci-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 966.—Aubry y Rau, Lib. 4, § 313.—Duran-ton X, n° 573.



por que sea una acción reivindicatoria, pues la limita al cómplice, excluyendo á los demás poseedores de buena fe, y no hace entrar el bien enajenado en el patrimonio del deudor, sino en la medida de los derechos del acreedor perjudicado; el acto se revoca sólo en lo que perjudica al reclamante.

Si el Código obliga á pagar los daños y perjuicios *al que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, cuando la cosa hubiere pasado á un adquirente de buena fe, ó cuando se hubiere perdido (art. 972)*, es porque ha im-

bidos y los que por su culpa dejó de percibir. Si la cosa pereció, pagará los daños y perjuicios, á menos de probar que hubiera perecido en manos del reclamante. La acción de los acreedores se encuentra limitada por su propio interés, y la revocación del acto es sólo en la parte que les perjudica.

c) Cuando los acreedores han demostrado la simulación fraudulenta, los bienes entran nuevamente al dominio del deudor, de cuyo poder no han salido, mientras la acción pauliana revoca el acto en lo que perjudica á los acreedores, pudiendo hacer cesar la acción si se desinteresa á los reclamantes.

Goyena, art. 1181, agrega á la devolución de los frutos las *utilidades*, refiriéndose á los intereses, que por nuestra legislación están comprendidos entre los frutos.—Véase la l. 10, § 22, tit. 9, lib. 42, Dig., que explica claramente el caso.—Comp. arts. 590, 788, 789, 2435 á 2444.

(**Art. 972.**) El adquirente de mala fe que ha recibido las cosas enajenadas en fraude de los acreedores está obligado: 1º, á restituir la cosa con los frutos ó sus intereses, y no sólo los percibidos, sino los que pudo percibir; 2º, los daños y perjuicios cuando no la pudiera devolver, sea por pérdida ó enajenación inatacable; 3º, debe los desperfectos ó deterioros que la cosa hubiera sufrido; 4º, cuando la cosa se hubiera vendido, deberá el precio de la venta si éste es superior al de la cosa, si es menor, el valor de ésta. Estos efectos regirán cuando hubo connivencia entre el deudor y el tercero sin distinguir si el acto fué á título gratuito ú oneroso. Cuando el adquirente de mala fe hubiera pagado un precio por la cosa, tiene derecho para repetir el precio

Nota d': Dr. Velez Sarsfield al art. 971.—Inst. Lib. 4, Tít. 6.—L.L. 1 y 10. Tít. 9, Lib. 42, Dig.

pedido el ejercicio de la acción y sólo en la medida del interés del acreedor, de modo que jamás exceda de ese derecho.

De estos principios se deduce, que cuando se haga una distribución de los bienes del deudor, obtenida la revocación del acto, el acreedor reclamante no entrará á prorata con los demás que nada intentaron.

La acción pauliana se prescribe por un año á contar desde el día del acto, ó desde que los acreedores tuvieron noticias de él.

de los acreedores en tanto cuanto el patrimonio del deudor se hubiere aumentado. Por ejemplo, un deudor ha vendido por cien una cosa que valia 300 en confabulación con el adquirente para perjudicar á los acreedores; si los cien fueron gastados inútilmente, los acreedores nada deberán; pero si con cincuenta compró una cosa que está en el patrimonio del deudor, se deberá su valor, porque nadie debe enriquecerse á costa de otro. La ley 8, tit. 9, lib. 42, Dig. dice: «es necesario convenir que la cosa debe ser examinada por un comisario nombrado á este efecto, el cual obligará á entregar al comprador los dineros que se encuentren en los bienes del deudor, para que de esta manera nadie sufra perjuicio.»—Comp. GOYENA, art. 1182. DEMOLOMBE, XXV. n° 251, y sig. Contra LAROMBIÈRE, I, n° 58, al art. 1167, fundándose en razones de mucho peso. Nuestros arts. 552 y 1057.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 972.—Proyecto de Goyena, art. 1182.



TÍTULO III

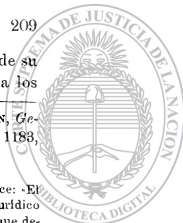
§ 290.—DE LAS FORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

La forma tiene por objeto demostrar de un modo inequívoco la manifestación de la voluntad, y la ley da tal importancia á esa manifestación, que la considera como inexistente cuando no se han observado ciertas solemnidades.

El Código define la *forma* (diciendo) *es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, ó por un oficial público, ó con el concurso del Juez del lugar (art. 973.)*

(**Art. 973.**) Como lo hace notar Ortolan en el párrafo que transcribe el Dr. Velez Sarsfield, la forma desaparece como prueba de la voluntad, á medida que la humanidad adelanta y progresa, y no se necesita sino lo indispensable para demostrar de una manera inequívoca la expresión de la voluntad, y la forma en este sentido pierde de su importancia. En todo acto podemos encontrar una forma *interior* que se refiere al acto mismo, y una exterior con cuyos caracteres se nos presenta en la vida, y es con relación á esta forma que rigen las disposiciones de este artículo y los que le siguen. La expresión del tiempo y lugar donde se realiza, los actos ó documentos que deben acompañarlos, son otros tantos elementos que constituyen la forma. Las condiciones que se refieren á la escritura misma, como en los testamentos, que no se consideran válidos sino están en la forma designada, ó se relacionan con la transmisión de la propiedad (salvo el caso del artículo 1184) que deben hacerse en escritura pública, se debe llenar so pena de considerar el acto como no realizado. Las faltas de algunas de las solemnidades determinadas para un acto, no siempre lo anulan; es necesario que la ley haya penado con nulidad su inobservancia, como en los testamentos; pero no en las escrituras públicas; así en éstas se determina en el art. 1001 la forma y en el 1004 se designa las que





A medida que la civilización avanza, la forma pierde de su importancia, y por eso considero como una regresión hacia los

anulan el acto.—Comp. MACKELDEY, § 167. *Der. Rom.* ORTOLAN, *Generalización del Derecho Romano*, nos 54 y 55 y nuestros arts. 1183, 3627 y 3628.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 973.—Mackeldey, § 165.—Ortolan dice: «El número y calidad de las personas auxiliares que deben concurrir al acto jurídico (como en algunos casos el defensor de menores), el tiempo y el lugar en que debe verificarse, los escritos ú otros medios á propósito para conservar la memoria. Todos estos elementos se hallan comprendidos en la idea de la forma. Entre los actos jurídicos, unos tienen una forma rigurosamente establecida, de la que toman su validez, y fuera de la cual no existen. Las prescripciones de la ley pueden recaer sobre tal ó cual elemento constitutivo de la forma, ó sobre muchos de ellos, ó sobre todos á un tiempo. Otros actos no exigen para su existencia, ninguna forma especialmente prescripta, con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse. Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, la desprenden de la materia, y la trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente á lo que es espiritual, á la voluntad, á la intención; no pide á la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico; pero ¿cuáles serán esos actos exteriores que darán á los actos jurídicos una forma sensible? la analogía servirá de regla. Estos actos se hallarán en una analogía cualquiera con el objeto que se quiere conseguir, con el derecho que se quiere crear, modificar, transferir ó extinguir. De aquí se llegó al símbolo, porque el símbolo no es otra cosa que la analogía representada en cuerpo y acción. Así, un terrón del campo (*gleba*), la teja arrancada del edificio (*tegula*), se presentarian para verificar sobre este símbolo del inmueble litigioso, las formalidades prescriptas. Los actos exteriores iban acompañados de palabras. En estas reinaba el mismo espíritu. Estas palabras eran fórmulas consagradas, y en ellas sólo podía usarse la lengua nacional. Muchas veces una expresión sustituida á otra, alteraba los efectos del acto, y lo hacía nulo. Se dirigian interrogatorios solemnes á las partes, á los testigos y á los que intervenían en el acto, y estos á su vez debían responder solemnemente. Las interrogaciones y las respuestas, y aquellas fórmulas austeras, precisas y muchas veces inmutables, expresadas en alta voz, no dejaban duda alguna acerca de la voluntad, y grababan profundamente en el ánimo las consecuencias del acto que se hacía ó al cual cooperaban. Tal ha sido hasta los últimos tiempos uno de los caracteres del Derecho Civil Romano, en cuanto á las formas de los actos jurídicos.» (*Generalización del Derecho Romano*, números 54 y 55.)

Fallo de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 973—La nulidad de una escritura pública, que la ley permite declarar de oficio, debe ser decla-



tiempos del imperio romano, la extrictez en la observancia de ciertas solemnidades que no consultan la seguridad en la manifestación de la voluntad, como sucede en los testamentos y aun en las escrituras públicas; pero las ideas modernas se han abierto camino respetando la voluntad claramente manifestada, y por esa razón, *cuando por el Código ó por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes (art. 974), respetando así la libertad individual.*

Hay casos en que la forma se confunde con la prueba, no obstante de que responden ambas á un orden de ideas completamente diferentes; por eso cuando *la expresión por escrito fue-*

(Art. 974.) Cada forma determinada por la ley tiene sus solemnidades propias y peculiares para la manifestación positiva de la voluntad; así las tienen, p. e., el testamento ológrafo, el cerrado, la escritura pública, etc.; á ese conjunto de solemnidades es á lo que se llama forma. El Código habla muchas veces de las formas y solemnidades, confundiendo ó separando la parte del todo. Cuando la ley no designa una forma especial para la manifestación de la voluntad, los interesados pueden usar de la que crean conveniente, como en el reconocimiento de la filiación, que puede hacerse de cualquier manera, art. 332, en los contratos, que pueden hacerse por escrito en cualquier forma, y aun verbalmente, y serán válidos si se reconocen en juicio, con la limitación de no poderse probar por testigos, cuando exceden de 200 pesos.—Comp. FREITAS, al art. 669, y nuestros artículos 720, 837, 873, 885, 951, 1044, 1662, 2006, 2200, 2246, 2263, 3217, 3240, 3462 y 3770.

rada por el Juez, aunque la parte haya aducido la simulación ó la falsedad.—Jur. Civ., V, 57, Sér. 2ª.

El consentimiento de las partes, exigido en un contrato por escritura pública, debe revestir la misma forma: el tácito que resulte del conocimiento personal que tuvo de la infracción, no importa la renuncia de su derecho para exigir la rescisión estipulada como pena.—Jur. Civ., VI, 285, Sér. 4ª.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 974.—L. 1, Tít. 1, Lib. 10, Nov. Rec.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 974.—Pudiendo otorgarse el mandato verbalmente, el pedido de firmar á ruego importa un mandato válido en los casos en que la ley no exige forma determinada para el contrato.—Jur. Com., VI, 196, Sér. 3ª.

re exclusivamente ordenada ó convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba, aunque las partes se hayan obligado á hacerlo por escrito en un tiempo determinado, y se haya impuesto cualquier pena; el acto y la convención sobre la pena son de ningún efecto (art. 975), porque no hay acto jurídico.

La prueba es la demostración de que un acto ha tenido lugar, mientras la forma es la manera especial de manifestar la voluntad con relación á ciertos actos; por eso *en los casos en que*

(Art. 975.) Es necesario recordar que se trata de la forma de los actos jurídicos, y que si bien es cierto que los contratos están comprendidos en la expresión general, también lo es que tiene su legislación especial; olvidando esto algunos enseñan contra el texto expreso del artículo, que cuando el acto no se realiza en la forma ordenada, «se forma un vínculo jurídico obligatorio en virtud del cual debe llenarse la forma, ó satisfacer los daños y perjuicios», lo que sólo es cierto tratándose de los contratos, con excepción del matrimonio, en que no se admiten los esponsales de futuro. Basta observar que si uno se comprometiera á hacer testamento dejando tales ó cuales legados, no estaría obligado á ejecutarlo, ni se habría formado vínculo alguno. Un testamento no existe como tal, si no está hecho en la forma ordenada; aquí la forma se confunde con la prueba. Lo mismo sucederá en los casos de los arts. 317 y 318, sobre la legitimación. Cuando por un contrato se hubiere obligado á realizar el acto jurídico (testamento); p. e., bajo una pena determinada, el contrato y la pena serán de ningún valor, sin que haya obligación alguna; este principio no rige en los contratos, como lo establece el art. 1187, á no ser que los contratantes hubieren declarado que el contrato no valdría sin el instrumento público, art. 1186. Freitas, art. 671, de donde fué tomado nuestro artículo expresa con claridad esta idea. Goyena, art. 1202, confunde los contratos con los actos jurídicos, y enseña una doctrina contraria á la de nuestro Código, el cual no da un valor tan absoluto á la manifestación de la voluntad en escritura pública. Debe armonizarse este artículo con el 1182, tomándose como una expresión general, para que no se encuentre en colisión con los arts. 1185 y 1187. El Cód. Civ. Alemán, art. 126, consigna una disposición de mucha importancia que puede explicar nuestro artículo. «Cuando la ley prescribe la forma escrita, el título puede ser revestido con el signo del autor, certificado judicialmente, ó por un notario, ó de la forma completa.» El Código Argentino consigna una disposición semejante en el art. 1012, pero no



la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo (art. 976); porque la forma es la única manera de demostrar la existencia del acto, y se puede considerar como una excepción el art. 1188. Siguiendo estos prin-

admite signos ni iniciales. En cuanto á los despachos telegráficos, bastará con que el original se encuentre firmado ó sellado en la forma expresada.—Comp. FREITAS, l. c., y Cód. de Chile, art. 1701.

(Art. 976.) Las disposiciones de este título se aplican á los contratos, en cuanto sean compatibles con los especiales de sus títulos respectivos; pero las contenidas en los contratos no se pueden generalizar para aplicarlas á los actos jurídicos. Así, el contrato de matrimonio, las convenciones matrimoniales ó el acto de la legitimación, no tendrán valor alguno si no estuvieren otorgados en instrumento público. En estos casos la forma se confunde con la prueba destinada á mostrar la manifestación de la voluntad, y el acto jurídico será nulo y de ningún valor. Sostener lo contrario, sería ir contra el texto expreso de la ley, y pretender derogar una disposición formal referente á los actos jurídicos con otra de los contratos. Cuando la ley determina una forma para la realización de un acto jurídico, si no está en esa forma, el acto se tendrá por nulo, con excepción de los artículos 1185 y 1187. La forma no puede ser suplida por prueba alguna.—Comp. FREITAS, art. 673 y ley 114, tit. 18, Part. 3ª.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 975.—Cód. Sardo, art. 1413.—La Ley Romana dice: *Contractus permutationum, etc., que in scriptis fieri placuit, non aliter vires habere sancimus nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibus partium confirmata; et si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius quam hec ita processerint aliquod jus vindicare, vel id quod emptoris interest ei per solvere* (L. 17 (16) Tit. 21, Lib. 4, Cód.)

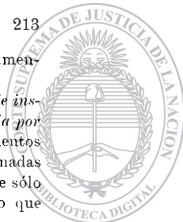
Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 975.—La cesión del crédito nominal sin expresión escrita del cedente es nula.—Jur. Com., II, 10.

Es inprocedente la prueba testimonial siempre que el Código exija pruebas especiales.—Jur. Com., VII, 257, Sér. 1ª.

Los muebles que durante el matrimonio adquiera la mujer, debe juzgarse que pertenecen á la sociedad conyugal en tanto no se presente prueba escrita de la donación; la testimonial no basta para dar por comprobado el hecho.—Jur. Com., II, 358, Sér. 4ª.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 976.—L. 114, al medio, Tit. 18, Part. 3ª.





cipios es que no se puede demostrar la existencia del testamento sino por el testamento mismo.

Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente (art. 977); como sucede en los testamentos que deben hacerse en cualquiera de las tres formas designadas por el Código, ó la transmisión de la propiedad raíz que sólo puede tener lugar por escritura pública, ó el matrimonio que debe constar en el registro civil.

Se debe distinguir lo dispuesto para los actos jurídicos, de lo establecido para los contratos, porque éstos, aunque no estuviesen en la forma determinada por la ley, producen acción para hacerlos otorgar, mientras los actos jurídicos se consideran como no sucesivos, y no producen acción alguna. Se reputa como una excepción á los contratos, el de matrimonio que no tiene valor si no es hecho ante el oficial público y extendido el acto en su registro.

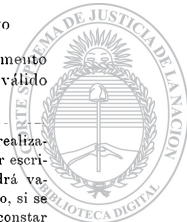
La expresión por escrito puede tener lugar, ó por instrumento público ó por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta

(Art. 977.) Como el contrato de matrimonio sólo puede celebrarse ante el oficial del Registro Civil, no tendría valor si se le hiciese constar en cualquiera escritura pública. El acta de nacimiento se encuentra en las mismas condiciones, pero puede suplirse por la prueba en caso necesario. Cuando la escritura pública es ordenada por la ley, no puede suplirse por otro instrumento público. Los testamentos por acto público tienen una forma especial, y no pueden ser sustituidos por una escritura pública, como en los demás contratos. Freitas, artículo 674, de donde fué tomada nuestra disposición, contiene la cláusula de *que induce la nulidad del acto*, y el código la ha suprimido con razón, porque no induce la nulidad en los contratos. Goyena al art. 1202, dice: «la falta de escritura pública, no puede suplirse con ningún género de prueba», confundiendo la forma del acto, ó la manera de expresar la voluntad, con la prueba del mismo, que es el medio de hacer constar esa voluntad.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 977.— Véase proyecto de Goyena, art. 1202.

(**art. 978**); y en ese caso, debiera realizarse en el instrumento determinado. Si el acto debiera hacerse por escrito, no será válido si tuviera lugar en cualquier otra forma.

(**Art. 978.**) Cuando la ley exige la forma escrita para la realización de un acto, éste no tendrá valor si no se ha hecho sea por escritura pública ó privada. Así, la convención matrimonial no tendrá valor, si no se hace constar en escritura pública; del mismo modo, si se ha determinado que el acto fuera en instrumento público, debe constar en ese instrumento. Estas disposiciones están modificadas en los contratos, y sólo rigen para los actos jurídicos, debiendo aplicarse cuando nada se dispusiere en el título especial.



TÍTULO III

DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

§ 291.—¿QUÉ SE ENTIENDE POR INSTRUMENTO PÚBLICO?

Se llama instrumento público al acto escrito por determinados funcionarios, ó á ciertos actos en que éstos intervienen y que la ley considera como auténticos haciendo fe para todos, cuando se han llenado ciertas solemnidades.

Es una necesidad social considerar como ciertos, los actos realizados ante determinados funcionarios, estableciendo una presunción de verdad, que puede ser contradicha por una demostración en contrario.

Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:

1º Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, ó por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley (art. 979, nº 1).

(Art. 979, nº 1.) Con los instrumentos públicos y las escrituras públicas, sucede lo que con relación á los actos jurídicos y los contratos: el instrumento público es el género y la escritura la especie. La escritura pública es el instrumento hecho por el escribano en su protocolo, pero hay otros funcionarios que no tienen protocolo y hacen instrumentos públicos, como lo veremos en los incisos siguientes. Los funcionarios que tienen las mismas atribuciones, son: el jefe de Registro Civil que asienta los nacimientos, matrimonios y defunciones, los Ministros Encargados de Negocios ó Cónsules de la República en el extranjero, tratándose de nacimientos de los hijos de los nacionales, ó en los testamentos, arts. 82 y 3636; los jueces del lugar en los casos de los artículos 1223 y 1810; el oficial ó el intendente del ejército ó auditor de guerra en los casos del art. 3672, ó el capellán ó médico que lo asiste en el caso del art. 3673 y otros semejantes, art. 3679. Las copias de esas escrituras sacadas en la forma prescrita son igualmente instrumentos públicos; pero si no estuvieran conformes con el original éste deberá prevalecer.—FREITAS, art. 688, nº 1.





En nuestra legislación, el escribano público desempeña una de las funciones más delicadas, y la ley ha colocado en sus manos las más importantes atribuciones con relación á la transmisión de la propiedad, y á la manifestación de la voluntad de los habitantes de la Nación; como el militar que defiende con sus armas el honor nacional y tiene el derecho de llevarlas siempre consigo para seguridad de los demás, el escribano tiene en sus manos la transmisión de la propiedad y la expresión de la voluntad de los particulares. Los escribanos deberían estar sometidos á leyes severísimas, en relación á la responsabilidad de sus funciones, y jamás serán muchas las exigencias de honorabilidad y respetabilidad que se debe pedir á estos funcionarios, con que razón se les llama los depositarios de la fe pública.

2º *Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos ó funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado (art. 979, n° 2);* como las actas del registro civil, las notas de los encargados del registro de la propiedad, hipotecas, etc.

3º *Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio (art. 979, n° 3);*

(Art. 979, n° 2.) Hay puestos que no son desempeñados por escribanos, y sin embargo, los individuos que los ejercen otorgan instrumentos públicos, como el Encargado del Registro de la propiedad, los del Registro Civil y otros semejantes. Los decretos de los gobiernos nacional y provincial autorizados con arreglo á la constitución; las sentencias de los jueces y tribunales nacionales ó provinciales autorizados por sus secretarios, y los mandamientos ú órdenes de embargo, allanamiento, prisión ú otras semejantes expedidas en el ejercicio de sus funciones, son instrumentos públicos. Estos actos se tienen por auténticos, cuando los funcionarios obran dentro del límite de sus atribuciones, como lo veremos más adelante.—FREITAS, al art. 688, n° 2 y nuestro art. 3128.

(Art. 979, n° 3.) Los libros de los corredores deben ser llevados con las formalidades determinadas en los arts. 91, 92 y 93 del Código de Comercio; pero este no acuerda fuerza probatoria sino para justificar los contratos comerciales, art. 208, n° 2, sin que les dé valor de instrumento público, y debemos atenernos á su mandato, porque el Có-



porque sólo se refieren á los actos y contratos en que hubieren tenido intervención.

4º *Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del Juez ante quien pasaron (art. 979, nº 4); y también lo serán las copias mandadas sacar del archivo y expedidas por el funcionario encargado, así como todo acto judicial que constase en el expediente.*

digo Civil se refiere á los casos en él determinados, sin pretender legislar sobre esta materia; está pues, sujeta á lo que establezca el Código de Comercio, y como en ninguna parte se da la fuerza de instrumento público á los asientos de los libros de los corredores, resulta que no será tal, sino en el caso del art. 1021, como en lo que se refiere á la poliza de fletamento, *que vale como instrumento público, si ha sido hecha con intervención de corredor marítimo*, sin que en parte alguna se hable de los asientos de los libros de los corredores.—FREITAS, art. 688, nº 3.

(Art. 979, nº 4.) Debe existir un error en la expresión de *actas judiciales*, que sólo se refiere á aquellas en que las partes intervienen para nombramientos de peritos, administradores, ó para convenir cualquier cosa relativa al asunto controvertido. Todos los actos judiciales, como providencias, decretos, autos, sentencias y lo referente á las actuaciones judiciales, son actos auténticos y tienen la fuerza de instrumento público; un expediente se compone de actos auténticos que se van acumulando sucesivamente, confesiones, declaraciones, reconocimientos, transacciones, etc., y todo tiene la fuerza de instrumento público, si está en la forma determinada en las leyes de Procedimiento. Por estas razones se debe decir los «actos judiciales», hablando de lo que consta en el expediente, y como el artículo se refiere á lo que determine el Código de Procedimientos, la interpretación dada está en armonía con lo establecido en dicho Código; así, una notificación es un auto auténtico y tiene fuerza de un instrumento público, mientras no sea argüida de falsa.—Véase art. 2º, ley 26 de Agosto de 1863.—Comp. FREITAS, art. 688, nº 4. No hay necesidad que la copia la mande dar el mismo juez, cualquiera que tenga jurisdicción puede hacerlo, cuando el expediente se encuentre en el archivo.



5° *Las letras aceptadas por el gobierno ó sus delegados, los billetes ó cualquier título de crédito emitido por el Tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales autorizadas por el encargado de llevarlas (art. 979, n° 5).* Los títulos de crédito deben estar firmados y con el sello de la Nación, en la forma que determine la ley de su creación. Las cuentas de los libros, abraza las expedidas por todas las oficinas encargadas de la percepción de la renta; pero deben expresar la foja donde se encuentra, manifestando que es una copia del original.

6° *Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión ó con la anotación correspondiente de que pertenecen al Tesoro público (art. 979, n° 6);* esta disposición

(Art. 979, n° 5.) Una letra aceptada por el gobierno ó sus delegados tiene la fuerza de instrumento público, y lo tendrán las que el mismo gobierno expida por medio de los empleados correspondientes. Los títulos emitidos por el tesoro público deben serlo con arreglo á las leyes que autorizan su emisión, y el gobierno no podrá atacarlos por abusos de sus empleados, de cuyas acciones es responsable, basta que por la ley estén autorizados para expedirlos.

Respecto de los libros llevados por las diversas oficinas de la nación, son considerados como instrumentos públicos y las copias expedidas no sólo por los encargados de llevarlos, sino por los jefes respectivos de la repartición, hacen plena fe; así, la copia de una partida de los libros de la aduana y firmada por el encargado de llevarlos es instrumento público, según una decisión de la Suprema Corte.—FREITAS, art. 688, n° 6.

(Art. 979, n° 6.) No solamente las letras dadas en pago de derechos de aduana gozan de este privilegio, sino todas las recibidas por impuestos fiscales ó provenientes de contratos con la anotación de pertenecer al tesoro público. Cuando el Código Civil se dictó, se acostumbraba á pagar los derechos de aduana en letras firmadas por los comerciantes y se trató de garantizar la prontitud en el cobro; pero al presente todos los derechos fiscales se pagan al contado. La razón del privilegio subsiste para todas las letras recibidas por el tesoro público, pues cualquier acto escrito donde intervenga el gobierno ó sus delegados, en el ejercicio de sus funciones, se considera instrumento público.— Véase FREITAS, art. 688, n° 7.



ha quedado sin valor, porque los derechos se pagan al contado.

7º *Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales (art. 979, nº 7); que deben ser hechas con arreglo á las leyes especiales que las autorizaren.*

8º *Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad á sus estatutos (art. 979, nº 8), que son la ley especial á que obedecen; pero sin que puedan contrariar las leyes generales, cuando las sociedades fueran autorizadas por los gobiernos.*

9º *Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los Bancos, autorizados para tales emisiones (art. 979, nº 9) con arreglo á la ley de su creación. Al presente no hay sino el Banco de la Nación Argentína autorizado para emitir en toda la República.*

10º *Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, ó en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros ó registros (art. 979, nº 10); debiendo tenerse presente que*

(Art. 979, nº 7.) Las inscripciones de la deuda pública, comprenden las pólizas ó títulos de la deuda emitidos con arreglo á las leyes, y los cupones que ellos contengan. El inciso extiende este privilegio á los títulos expedidos por las provincias, y parece que fuera de estos casos no tendrán fuerza de instrumento público, lo que no es exacto, como veremos más adelante.—FREITAS, art. 688, nº 8.

(Art. 979, nº 8.) Las acciones de las compañías anónimas ó sociedades de cualquier clase autorizadas por el gobierno con el carácter de personas jurídicas, si por sus estatutos estuvieren facultadas para expedirlos, y fueran emitidas con arreglo á ellos.—FREITAS, l. c., núm. 9.

(Art. 979, nº 9.) Cuando los bancos fueren autorizados por ley para emitir billetes, cada uno de éstos se tiene por instrumento público, y por eso las leyes castigan con tanto rigor á los falsificadores. Al presente (1899) el gobierno nacional es el único responsable de toda la emisión circulante en la república. Las libretas y cédulas de depósitos expedidos por los bancos, sea particulares ó del estado, se consideran como instrumento público, aunque el banco no fuera de emisión.—FREITAS, l. c., nº 10.

(Art. 979, nº 10.) Cuando el Código Civil se dictó, no estaba creado el Registro Civil, y los curas párrocos llevaban los registros



ahora los párrocos no tienen función alguna, pero siempre conservan su fuerza y valor los asientos de matrimonios, nacimientos ó defunciones celebrados antes de la vigencia de la ley del registro civil, y las copias que de ellos expidieran los párrocos.

de nacimiento, matrimonio y defunción; posteriormente han dejado de tener esa atribución; pero era necesario dar el mismo valor que tenían esos actos en el momento de realizarse, y eso es lo que hace la ley, habiéndose olvidado de consignar esto mismo respecto á las partidas de nacimiento y de muerte, en este lugar, aunque se encuentran separadamente en los arts. 80 y 104. Debemos agregar lo dispuesto por la ley 26 de Agosto de 1863, referente á los documentos que se deben tener por auténticos, y son los siguientes: los actos y leyes de las legislaturas de provincias, actos y decretos de los poderes ejecutivos de las provincias que se hubieren publicado en la forma que lo determinaren sus leyes; los autos, procedimientos judiciales, sentencias y los testimonios debidamente legalizados; todo instrumento certificado, copia ó documento de las oficinas de la administración ejecutiva ó legislativa, siendo firmado por el jefe de la oficina.—Véase FREITAS, l. c., n° 11, é INSTITUTA, nota 150.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 979.—Véase Cód. Francés, art. 1317.—Sardo, 1411.—Holandés, 1905.—De Luisiana, art. 2231.

Fallos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 979 inc. 1° y 5°.*—Las copias legalizadas sacadas de las oficinas públicas de la nación, tienen la fuerza de escrituras públicas.—XVI, 362.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 979.*—El certificado del actuario sobre los hechos que impidieron una diligencia judicial, como instrumento público, hace plena prueba mientras no sea argüido de falso.—Jur. Com., IX, 416, Sér. 2°.

La higuera es título suficiente para justificar la propiedad de los bienes adjudicados.—Jur. Com., II, 279, Sér. 4°.

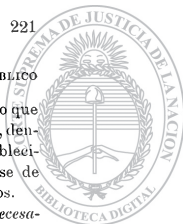
Lo es, el oficio en que un cónsul extranjero nombra albacea dativo, y como tal no requiere ratificación.—Jur. Civ., I, 273, Sér. 2°.

Si bien los certificados expedidos por una oficina pública, son instrumentos públicos, carecen de fuerza ejecutiva, si de su conteso no resulta que son expedidos con arreglo á la ley.—Jur. Civ., VI, 245, Sér. 2°.

Los certificados expedidos por las oficinas públicas, sólo son título ejecutivo, cuando su expedición y contenido no contravienen la ley en que se funda.—Jur. Civ. VIII, 93, Sér. 1°.

Son válidas las notificaciones que, debiendo hacerse por cédula, lo sean personalmente.—Jur. Civ., IV, 213, Sér. 4°.

Las notificaciones, como instrumentos públicos, hacen prueba plena de las



§ 292.—CONDICIONES PARA LA VALIDEZ DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

Para que el instrumento público merezca fe, es necesario que haya sido otorgado por el funcionario designado por la ley, dentro de la jurisdicción señalada y con las formalidades establecidas. Así, los funcionarios que pueden extender cierta clase de instrumentos públicos, son inhábiles para redactar los otros.

Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones (art. 980); de donde se deduce que un escribano públi-

(Art. 980.) Los oficiales públicos, sean escribanos ó funcionarios de la categoría de los que pueden hacer instrumentos públicos, tienen sus atribuciones determinadas por la ley; así, el escribano con registro no puede extender un acta de matrimonio, porque sus facultades se refieren á los demás contratos ó declaraciones de voluntad determinados por la ley; un acto semejante sería completamente nulo y no produciría obligación. Un oficial del Registro Civil no puede extender un testamento; luego los actos en que intervengan serán auténticos según la naturaleza de ellos y las facultades de que se encuentre investido; si el acto no pudiera valer como instrumento público por la calidad del funcionario, valdrá como instrumento privado si llena las condiciones de la ley. Cuando por leyes especiales se hubiere determinado un radio dentro del cual el oficial público deba ejercer sus funciones, todo acto fuera de su jurisdicción será de ningún valor. En general, por nuestras leyes los escribanos tienen un radio determinado, porque no pueden trasladarse á otra jurisdicción, pero no así los con-

aserciones del oficial público mientras no se justifique su falsedad.—Jur. Civ., III, 383, Sér. 4°.

Para que el boleto de la venta efectuada por el corredor ó comisionista, forme prueba contra las partes, debe ser reconocido por aquél y constar la operación de sus libros de comercio.—Jur. Com., VIII, 220, Sér. 2°.

Las copias ó testimonios de escrituras pueden presentarse impresas.—Jur. Com., VI, 520, Sér. 1°.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 979, n° 4. — Lo son las diferentes partes de un expediente judicial, y por consiguiente forman prueba plena.—III, 274, Sér. 1°.



co no puede levantar una acta de matrimonio, si no está encargado del registro civil, y que los escribanos no pueden trasladarse de una provincia á otra para hacer contratos en su protocolo; pero cuando ejercieran sus funciones en los límites de dos provincias, *serán sin embargo válidos, los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito (art. 981);* y en caso de duda se estará por la validez del instrumento.

tratantes, y los que se encuentran aún accidentalmente en el lugar donde los escribanos ejercen sus funciones pueden celebrar cualquier contrato, aun los de transmisión de bienes raíces, hipotecas, etc., de bienes situados en la República, fuera de la provincia donde ejercen sus funciones, siempre que cumplan con las formalidades de inscripción en el registro de la provincia donde estén situados, ó las que cada una tuviere establecido. Las escrituras deben ir autenticadas.—Comp. AUBRY y RAU, § 755, texto n° 1, letra c. DEMOLOMBE, XXIX, n° 238, y TOULLIER, IV, n°s 58 y 72 sobre el lugar donde ejercen sus funciones.—FREITAS, art. 693, n°s 3 y 4.

(Art. 981.) Los escribanos y funcionarios pueden otorgar instrumentos públicos en el lugar en que ejercen sus funciones, aun tratándose de personas domiciliadas fuera de ese lugar, ó de bienes situados en otras partes; pero no pueden salir del radio señalado. Un escribano de la capital federal no puede hacer un testamento en la provincia de Córdoba ó en la de Buenos Aires, porque no es tal escribano en esas provincias, y cualquiera escritura de contrato que fechase en un lugar fuera de su distrito sería de ningún valor. Carecemos de una ley especial como la francesa del 25 de ventoso del año XI, que anula todo acto notariado que se hiciera fuera del lugar donde ejercen sus funciones; pero en cambio los escribanos, p. e., no son tenidos como tales de una provincia en otra, mientras no hayan revalidado su título y sean autorizados á ejercer una profesión por el tribunal correspon-

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 980.—Siendo el mandato un acto civil, no es indispensable para la tramitación de asuntos comerciales que el poder sea conferido ante un registro de esta jurisdicción.—Jur. Com., VIII, 118. Sér. 4°.

La escritura pública otorgada en esta capital por escribano de la Provincia, aunque fechada en la ciudad de La Plata, es nula y de ningún valor.—Jur. Civ., V, 57, Sér. 2°.



El Código Civil argentino, siguiendo la legislación francesa, ha dado una importancia capital al hecho de que el funcionario obre dentro del territorio designado, y á esa idea responde sin duda el indicar, so pena de nulidad, el lugar donde se hace el instrumento, mientras no tiene importancia en los documentos privados.

La poca seriedad de ciertos funcionarios públicos los ha llevado á fechar las escrituras públicas en el límite del Municipio de la capital, extendiendo en ésta las que debían serlo en la provincia. Es inútil decir que esos actos son nulos, y que exponen, no sólo la seriedad y respetabilidad de su oficio, sino el instrumento mismo. En general el acto no dañará á los particulares á quienes se les ahorra un trabajo que parece inútil, el de trasladarse fuera del Municipio para firmar la escritura.

La ley da tal fuerza á los actos ejecutados por el funcionario público, que ha dejado en la mano de los que intervienen en su nombramiento el exigir las condiciones determinadas para desempeñar esos puestos; y una vez investidos por el poder público de esas funciones, los particulares no pueden rechazarlos alegando que no llenan las condiciones; por eso *la falta en la persona del oficial público, de las cualidades ó condiciones necesarias para el nombramiento á las funciones de que se encuentre*

diente; así, no son tales escribanos, ni pueden hacer escrituras públicas. Pero el caso que presentamos es diferente: un escribano de la capital se traslada al límite del municipio y hace un testamento en su registro. ¿Es nulo ese acto? La ley dice será válido, sólo cuando el lugar fuere tenido generalmente como comprendido en el distrito; será necesario, pues, averiguar si ha podido equivocarse por la falta de una determinación precisa, ó si las autoridades de la capital han ejercido jurisdicción en ese lugar, considerándolo como parte de su territorio; en una palabra, será cuestión de hechos. Como dice Freitas, art. 695, n° 2: «Esa confusión puede provenir de la vecindad de los lugares, por la incertidumbre de los límites ó por otras causas.» Este es uno de los tantos casos de error de hecho en que ha habido razón para errar de que nos hablan los arts. 929 y 991.—FREITAS, art. 695 n° 2.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 981.—Error communis incit jus.—L. 3, Tít. 14, Lib. 1, Dig.

revestido, no quita á sus actos el carácter de instrumentos públicos (art. 982); así, un escribano menor de edad ó extranjero,

(Art. 982.) Como la falta de edad ó de la ciudadanía, etc., si fueran necesarias para el ejercicio de sus funciones, ó cualquiera otro defecto sustancial. Se debe dar fe al nombramiento, y mientras él no sea privado por la autoridad competente, sus actos deben considerarse válidos. Los que otorgan un instrumento público, no tienen necesidad de averiguar la edad, ciudadanía y demás condiciones del oficial público: les basta saber que ha sido investido con ese carácter. Los mismos tribunales no pueden privarle de sus funciones, sino ocurrir al que por la ley tenga facultad para hacerlo. Ha ocurrido entre nosotros el caso de jueces que no han tenido las condiciones exigidas por la constitución, y en la provincia de Buenos Aires fué nombrado un vocal de la Corte Suprema que ésta rechazó; pero son casos excepcionales. Un juez sin edad ó ciudadanía es juez, y sus resoluciones tienen valor hasta que el Congreso y el Poder Ejecutivo no le priven en sus funciones; los tribunales superiores no tienen facultad para anular sus resoluciones por esta causa; porque no son competentes para conocer sobre la legalidad del nombramiento; ellos juzgan las controversias entre las partes, como las cuestiones sobre jurisdicción; pero en ningún caso sobre la validez ó nulidad de los nombramientos. Pueden rehusar tomarles juramento y ponerlos en posesión de sus cargos, en defensa de la constitución, cuando ésta haya sido violada; pero una vez en el ejercicio de sus funciones, no pueden ser privados de ellas. Todos los publicistas enseñan que se deben respetar los actos y juicios tenidos bajo una autoridad ilegítima, si se hubieren llenado las formas externas de su nombramiento. Cuando se trata de funcionarios en cuyo nombramiento el Congreso interviene, sólo él puede invalidar el nombramiento; si depende del P. E. ó él deben ocurrirse pidiendo los haga cesar.—Comp. AUBRY y RAU, § 755, texto n° 1, letra b. BONNIER, II, *De pruebas*, n° 471. DURANTON, XIII, n° 77. FREITAS, 695, n° 1.

En el mismo caso se encuentran las leyes inconstitucionales; los tribunales deben aplicarlas mientras no sean reclamadas y sólo pueden declarar que la ley no obliga al reclamante por ser contraria á la constitución; pero no pueden dejarla sin valor; la aplicarían si en seguida se presentara un caso análogo, y la parte no atacase la ley.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 982.—Aubry y Rau, § 755, n° 2.—Duranton, XIII, n° 77.—Bonnier, Des Preuves, n° 351.





otorgaría válidamente la escritura, y lo mismo sucedería si el encargado del registro civil no fuera ni escribano ni abogado, ejecutaría válidamente los actos para que está facultado.

Mientras el funcionario público ejerza sus funciones, sus actos merecerán entera fe; pero *los actos que autorizase un oficial público suspendido, destituido ó reemplazado después que se le haya hecho saber la suspensión, destitución ó reemplazo, serán de ningún valor; pero son válidos los actos anteriores á la noticia de la cesación de sus funciones (art. 983);* por eso generalmente en el decreto de suspensión ó reemplazo, se nombra la persona que debe hacerse cargo del registro.

En la administración de justicia de la capital, la Cámara de Apelaciones es la que nombra los reemplazantes en caso de suspensión, y el P. E. N. el que confiere los nombramientos.

(**Art. 983.**) La validez ó nulidad del acto depende, pues, del conocimiento que tenga el empleado de la suspensión, destitución, ó reemplazo, y es de suma importancia determinar con precisión cuándo tuvo conocimiento. *Hacerle saber la suspensión*, se entiende no sólo la notificación personal hecha al empleado, sino la publicación oficial del decreto de suspensión ó de destitución. No sólo hay falta en el oficial público, como dice Bonnier (II, n° 472) en un país donde las decisiones de la autoridad se hacen públicas por la prensa, sino que se debe tener por notificado y privado del carácter que investía»; pero será muy raro que no se notifique inmediatamente la suspensión ó destitución en asuntos que interesan á la sociedad, lo que hace perder de su importancia la cuestión. La noticia extrajudicial que tuviera el empleado, cuando no se hubiere publicado el decreto, no es bastante para privarle de su carácter, como lo enseñan Aubry y Rau y Freitas. La notificación carece de importancia, cuando se ha publicado el decreto de suspensión ó destitución. Los actos anteriores válidos son los que precedieron al conocimiento del decreto respectivo. La suspensión, reemplazo ó destitución debe venir naturalmente de la autoridad que tenga facultad para ello. Hay cuestiones interesantes resueltas de diversas maneras según las constituciones de las provincias, sobre las facultades que corresponden al P. E. para destituir á los empleados nombrados con el acuerdo de la Cámara. La de Buenos Aires, p. e., sólo permite al gobernador destituir á sus ministros, negándole esa facultad para los demás empleados nombrados con el acuerdo del Senado; en la Na-



Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él ó sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren solo por tener parte en sociedades anónimas ó ser gerentes ó directores de ellas, el acto será válido (art. 985); porque en el último

ción no se ha decidido uniformemente. En los casos de renuncia cuando la ley provea de reemplazante provisorio, quedará separado por el hecho de ser reemplazado; en caso contrario, continuará hasta que se le hubiere aceptado.—Comp. AUBRY Y RAU, § 755, n° 1. BONNIER, *Obl.* c., n° 472. DURANTON, XIII, n° 75, y FREITAS, art. 693, n° 2.

(Art. 985.) Es muy peligroso extender las prohibiciones más allá del texto expreso de la ley: porque son restricciones de la libertad que está amparada por la regla constitucional, de que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, y en los casos de duda se debe resolver en favor de la libertad. Lo más seguro es ceñirse á su mandato expreso, y cuando el código habla de *parientes* se comprende los que son tales por la ley. El parentesco natural sólo es reconocido por el Código Civil entre el padre é hijos, y para el caso de alimentos lo extiende hasta los abuelos y nietos. El art. 365 dice: «los parientes ilegítimos no forman parte de la familia de los parientes legítimos»; los adulterinos é incestuosos no tienen padre por la ley, dice el art. 342; así, cuando se dice *parientes*, sin distinguir entre los naturales y legítimos, es porque se refiere á estos últimos, pues, cuando quiere comprender á los otros, lo dice expresamente. Además de estas razones, que son de gran peso, tenemos las mismas fuentes del artículo, en que claramente se ha separado de los modelos. Freitas, art. 693, n° 5, comprende á los parientes en la línea recta, en la colateral hasta el tercer grado, así como los parientes por afinidad y á los ilegítimos. Bonnier (II, 474), comentando el art. 8 de la ley de Ventoso, sólo comprende los parientes legítimos ó afines, el Código Argentino, en vista de estas diferencias ha dicho: *á los parientes dentro del cuarto grado*, dejando á la interpretación el sentido legal. No sería prudente establecer una regla absoluta, ciniéndose al texto expreso de la ley, y preferimos dejar al árbitro judicial la resolución de las cuestiones que se presentaren, teniendo en vista el grado de interés ó de afección del individuo con el funcionario que extiende el instrumento público. No se puede tomar

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 983.—Aubry y Rau, § 755, n° 1.—Duranton, XIII, n° 75.—Bonnier, *Des Preuves*, n° 355.

caso, la sociedad no la forman los socios, sino es la idea u objeto que se propone la que se ha convertido en persona jurídica, y los miembros son indiferentes á su constitución.

como base única para resolver la dificultad el interés del funcionario, según la afección que ligue al pariente, porque extenderíamos la prohibición á los íntimos amigos, lo que no es admisible. Establezcamos la regla general diciendo: los parientes á quienes comprende la prohibición son únicamente los legítimos; pero por circunstancias especiales pueden incluirse los naturales y afines hasta el grado en que están obligados á prestarse alimentos; es decir, de los primeros hasta los abuelos y nietos y en los segundos hasta el suegro ó suegra, el yerno y la nuera. Y aunque la razón de la ley al fijar el parentesco ha sido buscar la imparcialidad del funcionario, no podemos admitir que se la contradiga en sus palabras, declarando válido el acto, cuando el parentesco fuere ignorado, habiendo error de hecho, porque abriríamos las puertas para que se la violara; sólo en casos extraordinarios debería admitirse esta excepción. La tesis que sostengo está apoyada por el art. 207 n° 1, de la ley de procedimientos de la Capital, que admite como tacha el parentesco de *consanguinidad* dentro del cuarto grado civil y por afinidad dentro del segundo. El argumento de que la ley no distingue y que la jurisprudencia tampoco debe hacerlo, no es aplicable al caso; porque los hijos naturales, incestuosos y adulterinos no forman parte de la familia legítima, y por consiguiente, no son parientes, y cuando la ley quiere comprenderlos lo hace expresamente, como en el art. 9 de la Ley de Matrimonio Civil. El Dr. Segovia opina que debe comprender á los descendientes y ascendientes naturales, excluyendo á los colaterales, y aunque acepto su prudente y juiciosa observación, pues se ha dado perfecta cuenta en la dificultad, no estoy conforme con sus conclusiones. Admito en el parentesco ilegítimo hasta los nietos y abuelos, y en el de afinidad hasta el suegro y suegra, el yerno y la nuera, creyendo consultar mejor el espíritu del código, y sobre todo porque en caso de duda debe estarse en favor de la validez del acto. Se habla de instrumentos públicos y no de escrituras, pues hay funcionarios que pueden hacerla, aunque sean parientes en cualquier grado, como la anotación en el registro de hipotecas, el certificado de registro de la propiedad y otros semejantes; la disposición comprende los actos entre las partes que crean, modifiquen ó extinguen derechos. Si bien en general los actos realizados contra la prohibición de la ley son nulos absolutamente, se debe hacer una distinción, p. e., la partida





Los instrumentos privados pueden tener la fuerza de los públicos, sea por el reconocimiento judicial, sea por la protocolización; por eso *el acto bajo firma privada, mandado protocolizar entre los instrumentos públicos por Juez competente, es instrumento público desde el día en que el Juez ordenó la protocolización (art. 984)*. Las leyes de procedimiento determinarán la forma y modo de hacerse la agregación al protocolo.

de matrimonio extendida por el jefe de registro, contra la prohibición de este artículo no la anularía, pues la ley de matrimonio civil no admite semejante nulidad; tampoco se anularía la de nacimiento y defunción en las mismas condiciones, á pesar de la prohibición del art. 24 de la Ley del Registro Civil, pues actos de esta naturaleza no están destinados á quedar sin efecto, mientras no sean contradichos, y la prohibición tiene por objeto castigar la infracción y no anular el acto mismo. Los parientes deben estar personalmente interesados, excluyendo el caso, cuando lo hicieren en representación de otro. El texto autoriza á pensar que el funcionario debe estar también personalmente interesado; sin embargo, creo con Freitas que la prohibición comprende los casos en que sea representante voluntario ó necesario de una de las partes, porque existe la misma razón de interés y falta la imparcialidad para atestiguar.—Comp. FREITAS, l. c. BONNIER, l. c. AUBRY y RAU, § 755, notas 11 á 14, y nuestros arts. 365, 3663, 3664.

(**Art. 984.**) Un instrumento privado mandado protocolar adquiere fecha cierta, asegura su identidad y hace plena fe contra los terceros en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, convenciones, disposiciones, pagos, etc., contenidos en él, con arreglo al art. 994, salvo el derecho de argüirlo falso y dejarlo sin valor. Los actos no producen efecto sino entre las personas que han intervenido y sus sucesores, pero es sólo con relación á las obligaciones y derechos que ellos crean, modifican ó extinguen, no así respecto á la verdad del hecho, de que el acto es la manifestación tangible de la voluntad, que se tiene por cierto. La fecha cierta la adquiere el documento privado por la sola presentación en juicio; pero este acto no crea la presunción de la verdad del hecho realizado, como sucede con el instrumento público respecto de los terceros, y considerándolo así, es que puede armonizarse este artículo con el 1035. Cuando particularmente los interesados han hecho inscribir en un instrumento público un documento privado, éste



§ 293.—DE LA FORMA DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

El instrumento público se diferencia de la escritura pública como la especie del género. Todo documento al que la ley concede fe en juicio y fuera de él, es un instrumento público ó por lo menos tiene su fuerza y valor, mientras la escritura pública sólo es la otorgada por el escribano en su registro.

No se puede establecer de una manera general la forma del instrumento público; es necesario un caso especial para determinarla; por ejemplo, las letras aceptadas por el gobierno, que son instrumento público, tienen una forma diferente de los asientos de los libros de los corredores ó de las libretas de los bancos. No obstante estas diferencias, cuando se trata de un instrumento público *para la validez del acto* (que él demuestra), *es preciso que se hayan llenado las formas prescritas por las leyes, bajo pena de nulidad (art. 986)*; pues basta la inobservan-

no adquiere por esa transcripción el carácter de instrumento público para los terceros, tiene sólo la fecha cierta de su transcripción, como la tendría desde el fallecimiento del otorgante. La ley quiere que el acto sea público, y eso sólo se consigue cuando el juez ordena la protocolización; ese mismo instrumento privado adquiere fecha cierta desde la presentación en juicio, pero sólo es instrumento público, cuando se agrega al protocolo. Así, un acta de matrimonio levantada privadamente, suponiendo que un juez la mande protocolar, no tendrá valor alguno; como la venta de un bien raíz hecha por instrumento privado, aunque esté protocolada no surtará el efecto de una escritura pública y no será título bastante para transferir el dominio.—Comp. FREITAS, art. 746, y nuestros arts. 1026 y 1035.

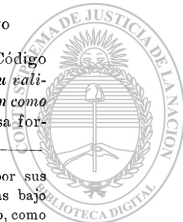
(Art. 986.) Las leyes determinarán cómo debe manifestarse la voluntad en ciertos actos, y serán nulos si faltan esas circunstancias, cuando expresamente la ley los hubiere declarado; tenemos un ejemplo en el art. 1001, que determina la forma de las escrituras públicas, y el art. 1004, donde sólo las anula si se han omitido algunas de esas formalidades, declarándolas válidas cuando no se hubieren llenado las demás, y castigando á los escribanos por su omisión; lo mismo se observa en los testamentos, donde la supresión de alguna de las formalidades anulan el acto, siendo válido cuando faltan las otras. Freitas, art. 986,

cia de algunas para que el acto sea nulo. Así, cuando el Código dice: *el instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él* (art. 988, 1ª parte), exige como ineludible esa for-

dice con más claridad: «Los instrumentos públicos son nulos por sus vicios externos, cuando no tuvieran las solemnidades decretadas bajo pena de nulidad, tanto las comunes de cada clase de instrumento, como las peculiares de cada uno de los actos jurídicos.» Así, el testamento ológrafo sería nulo si no tuviese las condiciones especiales exigidas. Si el instrumento público es requerido para la transmisión del dominio, el privado, se reputa válido para obligar á la persona á realizarlo en la forma designada por la ley. En uno, la forma ataca el acto mismo, declarando que no ha existido, como en el matrimonio celebrado sin oficial público; en los otros lo ataca también, pero como manifestación incompleta de la voluntad, autorizando para completarla. Cualquier formalidad agregada á las esenciales, no alterará la naturaleza del acto.

Se debe distinguir el acto mismo de su fuerza probatoria; así un testamento ológrafo nulo por falta de fecha, sería válido como acto de reconocimiento de hijos legítimos ó naturales, ó reconocimiento de deudas, y serviría para demostrar la verdad de las declaraciones en él contenidas, no como testamento, sino como un documento cualquiera. En cuanto á la nulidad de forma debe ser declarada expresamente por la ley, pues no conocemos nulidades *implicitas*. El art. 1087 dice: no hay más nulidades que las declaradas en el Código Civil. Se confunde generalmente el mandato expreso de la ley determinando la forma de ciertos actos, con la prohibición de hacerlos de otra manera; pero establecer el modo de manifestar la voluntad, no es impedir ni prohibir que se haga en otra forma, es necesario que la ley la anule ó la prohíba expresamente. Esta aplicación se puede hacer en los contratos, donde después de establecer la forma, dice: «el contrato es la ley de los contratantes,» autorizándolos á variarla siempre que conserve las condiciones esenciales.—Comp. DEMOLOMBE, XXIX, n° 240 y sig.

(Art. 988.) Se trata de los instrumentos públicos, y lo ordenado en este título sólo es aplicable á las escrituras públicas en cuanto no se oponga á lo expresamente establecido en el título siguiente. El artículo es tomado del art. 68 de la ley 25 Ventoso del año XI ya citada y se entiende por la expresión: «todos los interesados que aparezcan

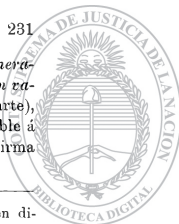


ma. Si alguno ó algunos de los co-interesados solidarios ó meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado (art. 988 2ª parte), porque no ha sido concluído. Este artículo sólo es aplicable á las escrituras públicas y á aquellos actos que requieren la firma de las partes para su validez.

como partes, la de todas las partes contratantes», empleada en dicha ley.

No se debe confundir el contrato del cual nacen las obligaciones, con el acto destinado á establecer su existencia; en una palabra, el contrato con la prueba; porque aquél puede tener algún vicio de nulidad y su existencia ser perfectamente regular; por el contrario, puede suceder que sea inatacable en su forma, y el acto destinado á probarlo sea nulo. Así, la escritura de venta puede ser nula por su forma, y el contrato sería válido si estuviere firmado, y debería extenderse en otra escritura. Para que el instrumento público valga como privado debe estar firmado por las partes y si no lo está no tendría valor, pues, como dicen Aubry y Rau (§ 755, nota 75): «la posición de las partes no sería igual y dependería de los no signatarios de aceptar ó de rechazar el acto según su interés ó su capricho, lo que no es admisible.» En los contratos unilaterales hechos en instrumento público, como el préstamo, p. e., bastará en general con la firma del deudor, aunque no tenga la del acreedor; pero si son varios los deudores, sean solidarios ó mancomunados, no valdrá si no ha sido firmado por todos; porque el acreedor está interesado en conservar todas las garantías; esto mismo se observará cuando se hubiera dado fianza, y el fiador no suscribiera la escritura. En el préstamo, algunos autores, como Toullier, sostienen que el prestamista puede pedir la ejecución contra uno de los deudores solidarios, aunque los demás no lo hubieren firmado; el artículo decide, con razón, lo contrario, pues el deudor no puede á su vez exigir el cumplimiento del contrato, y la acción debe ser recíproca; sobre todo el acto no está concluído y el contrato no valdrá ni como instrumento privado. Pero cuando existe un documento privado de un contrato, que al extenderse en instrumento público no ha tenido efecto, por falta de la firma de alguno de los que intervienen en él, aunque el instrumento público no tenga valor, existe la obligación de hacer la escritura y pueden unos y otros compelerse mutuamente á su cumplimiento.

Cuando en el instrumento público hubiera varios contratos independientes unos de otros, que no estuvieren subordinados á la concurren-





Hay casos en que el instrumento se anula como tal, pero tiene su valor como privado para obligar á las partes; así, *el acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente ó que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas (art. 987)*: porque la prueba escrita se encuentra en

cia de todas las personas que intervienen en él, el acto se mantendría si estuviera firmado por las que lo formaron. Lorombière (IV, n° 9 y 10 al art. 1318), sostiene con muy buenas razones la opinión contraria de nuestro artículo. Los que apoyan el artículo son AUBRY y RAU, § 725, nota 75. COLMET DE SENTERRE, V, n° 280, *bis* IV. DEMOLOMBE, XXIX, n° 265 y sig. BONNIER, *Prueba* II, n° 490.

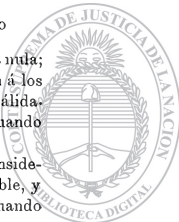
(**Art. 987.**) Este es un punto interesante donde el Código resuelve en parte las dudas suscitadas en la jurisprudencia. Cuando los interesados eligen la forma del instrumento público para realizar un acto, es porque desean su autenticidad, y si se anulara por un vicio de forma ó incompetencia del oficial público, valdría como instrumento privado si estuviera firmado por las partes. Al interpretar el art. 1318 del Cód. Francés, de donde ha sido tomado el nuestro, se ofrecía la duda de si el acto valdría como instrumento privado, aunque no llenara las formalidades requeridas, y el Código lo resuelve por la afirmativa de acuerdo con los tratadistas. El oficial público debe obrar en los límites de sus atribuciones y dentro de la jurisdicción designada; los actos realizados fuera de esas condiciones serían nulos, pero valdrían como instrumento privado, si estuvieran firmados por las partes; así, un contrato hecho (en su registro) en Morón por un escribano de la capital sería nulo, pero valdría como documento privado; del mismo modo, si hubiera sido suspendido, destituido ó reemplazado. Esta es la inteligencia que debe darse á la expresión de funcionario incompetente. Cuando el instrumento se anulara por no tener las formas debidas, es otro caso de difícil solución. Si nos limitamos á las escrituras públicas, p. e., son nulas cuando no estuvieran en la página del protocolo

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 988.—Marcadé, sobre el art. 1318.—El consentimiento dado por las partes signatarias es entendido que es bajo condición de que las partes no signatarias se obligarían también. Si esta condición no se realiza, nada se habrá hecho. En contra, Toullier, VIII, n° 131 á 137; Duranton III, n° 72.



la firma de los interesados y el acto puede reconstruirse llenando las condiciones que lo han anulado. Una escritura de según el orden cronológico (art. 1005), ó no tuvieren la designación del tiempo y lugar (art. 1004); entonces el instrumento público existe y sólo se anula por falta de condiciones esenciales, y puede valer como instrumento privado si está firmado por las partes; si lo hubiesen hecho en el protocolo sin la presencia ó autorización del escribano, como dice la nota del Dr. Velez Sarsfield, no sería instrumento público, ni tendría la apariencia de tal, y aunque estuviera firmado por las partes, no tendría valor alguno. Algunos creen que no vale sólo para considerar como auténticas la firmas puestas al pie; pero la ley dice: no tiene valor, y se considera como si no hubiera existido. La autoridad de Aubry y Rau, § 755, texto y nota 69 y 75 que se cita en apoyo, les es adversa; porque estos autores exigen como condición indispensable que el acto esté revestido de la firma del oficial público, y lo rechazan si fué recibido por un dependiente del notario en su ausencia, aunque esté firmado por las partes, concluyendo «que los actos de que habla el art. 1318 són los que reúnen las condiciones esenciales de autenticidad, y son viciados como actos auténticos con una causa de nulidad, sea por la incompetencia personal ó territorial del oficial público, sea por incapacidad de los testigos, en fin, por defecto de forma.» Sostienen estas conclusiones Marcadé, Demolombe, Bonnier; en contra. Larombière, IV, n.º 2 y 3 al art. 1318. La ley habla de instrumento público, y el que no está firmado por el escribano no lo es, y no puede ser comprendido en los beneficios acordados por ella. En cuanto á la fecha cierta del instrumento anulado con relación á los terceros, se debe tener presente que el instrumento público válido tiene la fecha de su otorgamiento; que el privado la tiene en los casos determinados en el art. 1035, y que al documento anulado, no siendo público, ni privado, es necesario determinarle el lugar que debe ocupar. Habiéndose anulado el instrumento público si la ley lo considera válido como documento privado, es porque sólo le ha quitado la autenticidad; es decir, el derecho de hacer plena fe contra los terceros y tenerse como cierto lo afirmado en él; es un simple documento privado, cuya fuerza dependerá del reconocimiento y la fecha será la del documento privado en su caso (art. 1035.) Con relación á los que han firmado el instrumento, la fecha cierta es la que tenga el mismo documento.—FREITAS, art. 704.

Marcadé (V, art. 1318), enseña una tercera teoría que debe tenerse en consideración: «aun cuando el acto, dice, no estuviera firmado por el notario, ó aunque hubiera sido hecho por un individuo completa-



venta de inmuebles que no tuviera la fecha ó el lugar sería nula; pero si estuviera firmada por los interesados, daría acción á los contratantes para obligar á extenderla en una escritura válida. Nótese que el artículo habla de instrumentos públicos, cuando sólo es aplicable á los que son firmados por las partes.

En la forma de los instrumentos públicos se deben considerar los vicios internos y los externos que lo hagan anulable, y que se agrupan sin hacer distinción en el (art. 989), cuando

mente extraño el notariado, es claro que sería perfectamente válido como acto privado, por el solo hecho de la firma *si la ley no exigiera otra cosa que esta firma, ó si estando sometido á la necesidad del doble ejemplar, el notario ó pretendido notario hubiera hecho dos originales firmados por las partes,*» quitándole así al acto su verdadero carácter y reduciéndolo á un instrumento privado como cualquier otro. No es de esos casos que habla la ley.

(Art. 989.) Este artículo, como los de todo el título, comprende la «forma» de los instrumentos públicos sin ocuparse del acto, ó de su contenido; porque como hemos dicho en la nota anterior, el instrumento puede anularse por su forma y ser válido como contrato, ó viceversa, ser nulo como contrato y no tener vicio alguno en la forma, como, p. e., un contrato sobre esclavitud con todas las formalidades legales, sería nulo. Los instrumentos públicos en cuanto á su forma se consideran válidos, mientras no sean atacados como nulos. Freitas, art. 700, dice: «son anulables por sus vicios internos»; es decir, en lo que se refieren al acto mismo y á su verdad; y por sus vicios externos (art. 702) los que tuvieren enmiendas, entre líneas, cancelaciones, raspaduras, etc., separando ambos vicios; pues unos comprenden la sustancia del acto, mientras los otros abrazan la materialidad ó la facción del instrumento mismo. El artículo confunde en parte estas dos ideas, pues habla del derecho de hacer anular el acto arguyéndolo de falso, sin comprender los vicios de error, dolo, intimidación, etc., que atacan

Nota del Dr. Velez Sarsfield la art. 987.—Cód. Francés, art. 1318.—De Luisiana, 2232.—Napolitano, 1270.—Sardo, 1415.—Pothier, Oblig., n° 734.—Toullier, VIII, n° 194.—Bonnier, n° 375. Pero un acto que no estuviese firmado por el oficial público no valdría, ni como acto bajo firma privada, porque el escrito que no está firmado por él, no tiene ni la apariencia de un instrumento público. La ley viene sólo en auxilio del acto que las partes han podido considerar como tal.



dice: *son anulables los instrumentos públicos, cuando algunas de las partes que aparecen firmadas en ellos, los arguyesen de falso en el todo, ó en parte principal, ó cuando tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras ó alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc., no salvadas al fin.*

Es un vicio interno, cuando el acto se hubiere realizado por miedo, violencia, error, etc., y la nulidad entonces se refiere al acto mismo cuya forma externa se reconoce perfecta; por el contrario, las borraduras ó alteraciones comprenden la forma exterior sin tocar al acto mismo, ni á la verdad de lo afirmado en él.

§ 294.—DE LOS TESTIGOS EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

El epígrafe de este párrafo está indicando que se confunde en este título la escritura pública, que es el género, con el instrumento público, que es la especie.

Sólo figuran testigos en los actos jurídicos en que intervienen los escribanos públicos ó jefes del registro civil, así es que sólo á ellos se aplicará la disposición siguiente: *no pueden ser testigos en los instrumentos públicos, los menores de edad no eman-*

el acto mismo y no se refieren á la forma, ni á la materialidad de su redacción. Las palabras entre líneas, borraduras ó alteraciones en parte sustancial, deben tomarse como ejemplo, y comprenden también los intervalos ó lugares en blanco, en parte sospechosa, las palabras enmendadas ó raspadas, etc. En cuanto á la importancia de las palabras borradas ó alteradas, será cuestión de hecho; el artículo indica sólo las principales.—Véase FREITAS, arts. 700 y 702, y nuestros arts. 993, 1004 y 1046.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 989.—Véase LL. 32, Tít. 11, Part. 5ª, 12 y 116, Tít. 18, Part. 3.—La Ley 111 del mismo título y Partida declara nulos los instrumentos públicos que estuviesen raidos, ó con enmendaturas en los nombres, tiempos, plazos, cantidades, fechas y lugar del acto. La ley supone que tales defectos no están salvados al fin y entonces indudablemente es nulo el acto.

capados (**art. 990**, 1ª parte), y por consiguiente podrá serlo y atestiguar en una escritura pública, el casado de catorce años, mientras no puede hacer testamento.

Tampoco pueden serlo *los dementes, los ciegos, los que no tengan domicilio ó residencia en el lugar, las mujeres, los que no saben firmar su nombre, los dependientes del oficial público, y los dependientes de otras oficinas que estén autorizadas para formar escrituras públicas, los parientes del oficial público dentro del cuarto grado, los comerciantes fallidos no rehabilitados, los religiosos y los que por sentencia estén privados de ser testigos en los instrumentos públicos* (**art. 990** 2ª parte); fuera de estas incapaci-

(**Art. 990.**) Freitas, art. 694, sólo incapacita á los menores impúberes y el presente artículo, á los menores no emancipados. Si los padres, tutores ó jueces los han considerado capaces para formarse una familia y dirigirla, no habria lógica en prohibirles el atestiguar. La emancipación es una especie de habilitación de edad; pero cuando se casaren sin el consentimiento necesario, así como se les niega la administración de sus bienes, ¿se les privaría también atestiguar? No lo creo, porque las prohibiciones no se deducen; deben ser expresas.

En cuanto á los dementes, se comprenden los declarados en juicio y á los tenidos por tales, en la generalidad.

Freitas al incapacitar á los ciegos comprende también, á los sordomudos declarados tales, cuando no saben darse á entender por escrito; el artículo los olvida.— Véase art. 8, ley 16 de Octubre de 1877.

No pueden ser testigos, las mujeres de cualquier edad y condición; pero si una mujer anduviera vestida de hombre y como tal se la tuviera, no se anulará la escritura en que atestiguara.

Los que no saben firmar su nombre. Freitas dice: los que no saben escribir, ó que por lo menos no saben firmar su nombre. Se entiende que la firma debe ser por lo menos del apellido y no por iniciales.

En cuanto á los dependientes del oficial público y los de otras oficinas que extienden escrituras públicas, fué reformado en el sentido indicado en la Instituta, nota 151, porque el texto antiguo decía: *Instrumento público*. La ley trata de impedir esas complacencias de una oficina con otra para hacerse atestiguar contratos sin presenciarnos. Así, pues, no pueden ser testigos en los instrumentos públicos los dependientes de los escribanos que ejerzan su oficio en el mismo lugar. porque podrían serlo, si actuaren en otro; así el dependiente de una escribanía de La Plata, podría ser testigo en la Capital.



ciudades no hay otras que puedan imponerse por implicantia; así pueden ser testigos los parientes entre sí, como padre é hijos, siempre que no lo sean de las partes ó del oficial público.

En general, el defecto de capacidad de uno de los testigos

Los parientes son los considerados tales por la ley; es decir, los legítimos, y en los de afinidad, hasta el suegro y el yerno, como lo sostuvimos en la nota al art. 985.

Los comerciantes fallidos no rehabilitados, pues, hasta la rehabilitación no cesan las interdicciones legales producidas por las declaraciones de la quiebra, art. 1402 y 1582, Cód. de Com.

Los religiosos sólo comprende á los eclesiásticos regulares que pierden su capacidad por el acto de la profesión religiosa.

Los sentenciados á presidio ó penitenciaria, que están privados de la administración de sus bienes y tienen interdicción civil, según los arts. 63, nº 2 y 67 Cód. Penal.

En cuanto á los condenados á inhabilitación absoluta y privados de los derechos políticos activos y pasivos, es muy dudoso que puedan atestiguar. El Código de Procedimientos no permite atestiguar en los juicios á los que han sido condenados por delitos que tengan pena corporal, como el convencido del falso testimonio, art. 205, nº 5 y 6 Cód. Penal.—Comp. FREITAS, art. 694. Véase arts. 991, 3697, 3702 á 3709.

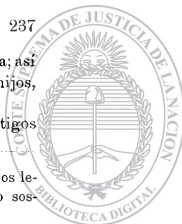
Los testigos en los testamentos requieren condiciones especiales determinadas en el título respectivo. La capacidad para atestiguar debe tenerse en el momento de ejecutar el acto.

Los instrumentos públicos con alguno de los vicios indicados sólo son anulables, pues se consideran válidos mientras no fueren atacados, y si se ejecutaren conociendo el vicio, quedarían confirmados. Si es un título de propiedad con esos defectos, el adquirente podría obligar al enajenante á hacerlos desaparecer.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 990.—Es nula la escritura de compra-venta otorgada ante testigos inhábiles.—Jur. Com., III, 420, Sér. 4ª.

Los dependientes de oficinas autorizadas para otorgar instrumentos públicos, no pueden ser testigos en las escrituras que se otorguen ante otro escribano.—Jur. Com., III, 420, Sér. 4ª.

El hecho de ser los testigos dependientes de una oficina autorizada para otorgar escrituras públicas, no es causa de nulidad del instrumento; la ley fulmina esa pena, si los firmantes como testigos son dependientes autorizados para otorgarlas.—IX, 189, Sér. 4ª.





que intervinieren, hace anulable el acto, y puede ser demandado por cualquiera de los interesados; más *el error común sobre la capacidad de los testigos incapaces que hubieren intervenido en los instrumentos públicos, pero que generalmente eran tenidos como capaces, salva la nulidad del acto (art. 991)*; porque así como la capacidad putativa del oficial público valida el acto por él otorgado, así debe reputarse con relación á los testigos. Cuando el privado, por sentencia, de no poder atestiguar, lo hiciera en un lugar donde todos ignorasen esa condena, el acto en que atestiguara no se anularía. El Código ha ido demasiado lejos al establecer que el error común basta para salvar la nulidad del acto, cuando ha podido exigir del oficial público que llenara las condiciones establecidas por la ley, desde que en muchos casos estará en su mano salir del error.

El instrumento público hace plena fe, mientras no sea argüido de falso, y esa falsedad puede demostrarse con cualquier género de prueba; pero *los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo ó violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no*

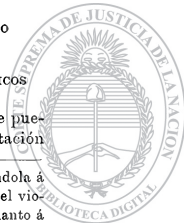
(Art. 991.) La capacidad putativa tiene en ciertos casos la fuerza de la verdadera; pero es necesario que una serie de hechos formen al testigo una posesión pública, con relación á la capacidad supuesta; es decir, que según la opinión común, *omnium consensu*, se le considere capaz. La máxima enseñada en la jurisprudencia y consagrada por el Código, de que el error de hecho no perjudica cuando ha habido razón para errar, es de perfecta aplicación; la antigua jurisprudencia decía: *error communis facit jus*. Pero, ¿qué alcance debe darse á esta máxima? Algunos creen que no se debe aplicar al error sobre la capacidad resultante de la edad y del parentesco, porque no es invencible y puede fácilmente conocerse; no acepto una teoría tan absoluta, y si es cierto que los jueces deben ser más difíciles en admitir tales errores, llegarán casos extraordinarios en que no se podría averiguar la edad ni el parentesco.—Comp. DEMOLOMBE, XXI, n° 220. COLMET DE SANTERRE, IV, n° 125, bis V. DURANTON, IX, n° 109. En contra, TOULLIER, III, n° 407. COIN DELISLE, art. 980, n° 44. Véase la nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 3697.

valdrá (art. 992). La prueba sobre el dolo ó violencia que se les hizo, no debe dejar la menor duda, porque se trata de la anulación de un instrumento que hace fe.

(**Art. 992.**) El Código Civil consagra el principio del Derecho Romano, que la antigua legislación francesa hizo suyo: los testigos, ni el oficial público pueden contradecir el contenido del instrumento que han suscrito. Como decía el abogado general Seguier: «Desde el momento que el testigo ó notario abren la boca para deponer contradictoriamente al testamento que han firmado, se colocan en la alternativa *de ser ó de haber sido perjuros*; la justicia indignada ve evidentemente que el hombre que le habla es un inspostor, su sola incertidumbre es de saber si es en el momento actual ó en la época precedente que le ha engañado»; conclusiones que fueron adoptadas por el parlamento de 1786; pero la jurisprudencia ha avanzado, y ese principio absoluto ha dejado de serlo; así lo ha entendido el Código Civil Argentino, siguiendo á la jurisprudencia francesa, como lo hicieron antes, la Inglaterra y los Estados Unidos, dejando á los jueces la facultad de apreciar el testimonio del testigo instrumental sin desecharlo *á priori*, como se hacía antes. El Código Civil Argentino ha limitado además la facultad de los jueces, admitiendo las deposiciones sólo cuando alegaren que testificaron por dolo ó violencia; las situaciones análogas que ocurrieran deberían dejarse al juicio de los tribunales; pero la excepción es, sin duda, un paso adelante en el camino de la verdad científica.

La violencia ó el dolo deben probarse, y entonces no hay necesidad de averiguar la verdad de lo atestiguado; el instrumento será nulo si no quedasen testigos hábiles con arreglo á la ley. Una escritura pública firmada por cuatro testigos, quedaría válida, si dos de ellos alegaren y justificaren haber atestiguado por violencia. ¿Y si esos testigos contradicen la vez la verdad del documento? Es una cuestión de procedimiento, así como la manera de probar su falsedad. Las leyes de partida exigían la declaración de cinco testigos, y como éstas se toman por nuestros tribunales como subsidiarias, se deben aplicar sus disposiciones. Hay un gran peligro en destruir la fe atribuida á los instrumentos públicos, pues sobre ella reposan los derechos más importantes de la sociedad, y se deben exigir pruebas evidentes que no dejen la menor duda en el espíritu del juez.—Bonnier, (*Pruebas*, II, n° 643 y sig.), nos indica las dificultades en esta delicada materia, concluyendo que no se debe desechar de plano la declaración





§ 295.—FUERZA PROBATORIA DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Se ha depositado tal confianza en los funcionarios que pueden otorgar instrumentos públicos, que basta la presentación

de los testigos; pero el Código Argentino la excluye, reduciéndola á los dos casos señalados. Cuando el oficial público hubiera sido el violentado, el instrumento se anularía por ese solo hecho. En cuanto á las condiciones del dolo ó de la violencia, nos referimos á lo expuesto en las notas á los arts. 932 y sig.—Comp. MERLÍN, Vº. *Testigo instrumental*, § 2, nº 8, y *Cuestiones de derechos*, la misma palabra, § 3.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 992.—Merlín, *Rep. Verb. Temoin instrum.*, § 2, nº 8. Si el oficial público ó los testigos instrumentales pudiesen, por sus declaraciones ulteriores, contradecir ó alterar el contenido de un acto, no habría derecho alguno seguro constituido por instrumento público. Cuando el acto expresa que el precio de la venta ha sido mil pesos, p. e., no podría jamás argüirse, con la declaración del oficial público ó de los testigos, que hubo una equivocación en la designación del precio. No se sabría cuando hablaban la verdad: si cuando bajo su firma asentaron lo que consta en el acto, ó cuando ante el juez declaran que aquello no era cierto.

Por otra parte, cuando las partes hacen extender un acto, es de la primera importancia que ellas y el oficial público lo redacten de manera que más tarde no venga á ser el origen de un proceso. Al lado de este deber de orden público, está la sanción de la ley que no permite probar con las mismas personas que dan formas al acto, que no ha sido ejecutado fielmente, lo que pudo evitar el autor del acto, el oficial público y los testigos, su hubiesen cumplido sus primeros deberes.

Otra es la cuestión entre los juriconsultos franceses. Si se puede admitir prueba de testigos contra lo que conste de un acto escrito. Justiniano ya lo había resuelto en dos leyes terminantes: «*Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur adversus scripturam, interrogari non possunt.*» (Lib. 5, Tit. 15, § 4.) La Ley 1, Cód. De Testibus, enuncia la misma idea, *contra testimonium scriptum, non scriptum testimonium non fertur.*

Mourlon ha escrito una monografía que se halla en el tom. 4, pág. 114 de la *Revista Crética*, demostrando que la prueba testimonial no puede ser admitida aunque los testigos no sean los del instrumento, contra el contenido de los actos escritos, ni sobre lo que no esté comprendido en ellos.

Fallos de la Cim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 992.—Los secretarios no pueden por medio de informes desvirtuar las afirmaciones que constan de diligencias suscritas por ellos mismos.—Jur. Civ., IV, 147, Sér. 1ª.

Las declaraciones de los testigos del testamento, contrarias á lo que de su contenido resulta, no forman prueba mientras no se justifique haber procedido inducidos por dolo ó violencia.—Jur. Civ., III, 218, Sér. 3ª.

La declaración de los testigos de no haberse encontrado presente al otorga-



del instrumento para que merezca fe en juicio y fuera de él, respecto de su contenido; así dice el (art. 993): *el instrumento público*

(Art. 993.) La plena fe acordada al instrumento público, ó la certidumbre que él impone, es una prerrogativa de la autoridad pública, que hace una delegación para el ejercicio de algunas funciones, en los oficiales públicos destinados á certificar ciertos actos. Por esa razón, por numerosas y respetables que sean las personas que atestigüen en un acto privadamente, no pueden darle la autenticidad que le confiere un oficial público.

El instrumento sólo hace fe de los hechos materiales pasados en presencia del oficial público, ó ejecutados por él, y de ninguna manera respecto de las enunciaciones. Así, hace fe con relación á la identidad de las partes, ó de los testigos instrumentales, del lugar, de la fecha y firma de los interesados, de lo que se convino, y de que esas declaraciones se hicieron en su presencia; todo lo hecho ante un oficial público queda demostrado por el instrumento mismo, y no puede ser contradicho sino arguyéndolo de falso y atacando su autenticidad; pero con relación á la verdad de lo dicho por las partes, como si declararon haber recibido el precio, etc., esas afirmaciones podrán ser contradichas sin argüir de falso el instrumento. La fe atribuida al instrumento público comprende, pues, sólo los hechos de que el oficial público haya adquirido un conocimiento personal, por su propio sentido, sea por haberlo visto, oído ó entendido; pero no respecto de la apreciación personal que él mismo pueda hacer de los hechos, como del estado de buen juicio de los otorgantes, del libre consentimiento y otros semejantes, que escapan por su naturaleza á toda autenticidad. ¿Cómo podría apreciar por su propia razón, con una certeza indiscutible, que los contratantes estaban en su sano juicio?

miento de la escritura pública, no basta para probar su falsedad mientras no se justifique la existencia de dolo ó fraude.—Jur. Civ., IX, 116, Sér. 1ª.

La prueba de la falsedad de una escritura pública, no basta para declararla, la atestación de los testigos de no haber firmado en el momento de su otorgamiento.—Jur. Civ., VII, 116, Sér. 1ª.

El secretario que ha verificado la notificación no puede declarar en el incidente sobre nulidad de la misma.—Jur. Civ., V, 219, Sér. 3ª.

La falsedad de una escritura pública, no basta para declararla, el hecho de no haberse encontrado presentes al otorgarse, los testigos que la firman.—Jur. Civ., IX, 116, Sér. 1ª.

Lo dispuesto en el art. 992, es aplicable á los Escribanos Secretarios en las tramitaciones del juicio.—Jur. Civ., I, 49, Sér. 1ª.



hace plena fe hasta que sea argüido de falso por acción, civil ó criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial públi-

¿Cómo sabría si tienen libertad completa y no obran por amenazas, error ó dolo? Igual cosa podría decirse de las condiciones personales de los contratantes, que no pueden demostrarse por el simple conocimiento del oficial público. No habría necesidad de argüir de falso el instrumento para demostrar que el testigo es menor de edad, ó que uno de los contratantes estuvo demente.

Las enunciaciones de las partes sobre hechos realizados antes del acto, sólo hacen fe para ellas, no para los terceros que pueden atacarlas; lo cierto es lo afirmado por el oficial público, de haberlo dicho en su presencia; en cuanto á la verdad ó falsedad, no atacará al instrumento; se probará que no fué cierto lo afirmado y valdrá en lo demás, si pudiera subsistir; así, en la simulación, el instrumento será verdadero en cuanto á su forma externa; pero anulable con relación á la verdad de lo sucedido entre las partes; el oficial público no puede impedir que eso suceda. La prueba de la simulación fraudulenta, en nada ataca la autenticidad del documento, que viene á quedar sin efecto.—Comp. DEMOLOMBE, XXIX, n° 269 y sig. LAROMBIÈRE, IV, al art. 1319. MARCADÉ, al art. 1319. AUBRY y RAU, § 755, texto n° 2.

Los testigos firmantes de un instrumento público, que declaren la falsedad de las enunciaciones que contiene, no forman prueba.—II, 300. Sér. 5°.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 993.—L. 114, Tít. 18, Part. 3°.—Cód. Francés, art. 1319—Sardo, 1416—De Luisiana, 2233—Napolitano, 1271. Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, p. e., dice que las partes ó el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fé, y admite prueba en contra.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 993.—La atestación del escribano, de haberse entregado el precio antes del otorgamiento de la escritura de compra-venta, no prueba que esto se haya efectuado realmente.—Jur. Com., III, 156 y 222, Sér. 1°.

La declaración del oficial público sobre hechos confesados en su presencia por los otorgantes de un instrumento público forman prueba, pues no importa una modificación de lo en él declarado aun cuando sea en sentido contrario.—Jur. Civ., IX, 347, Sér. 4°.

Los instrumentos públicos hacen plena fé de las enunciaciones que forman su objeto.—Jur. Civ., I, 91 y 50, Sér. 1°.

La afirmación del escribano autorizante de una escritura pública, sobre la existencia é identidad del compareciente no puede ser enervada por una partida de defunción que pueda corresponder á un homónimo.—Jur. Com., X, 370, Sér. 4°.



co hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, ó que han pasado en su presencia; es decir, que sólo merece fe lo que el oficial público anunciase haber visto ó oído en el ejercicio de sus funciones. Se debe, pues, hacer una diferencia esencial entre los hechos pasados ante el escribano, de aquellos que no está facultado para afirmar, como sucedería en un testamento en que se dijera que el testador está en su sano juicio: esa afirmación no merece fe, pues sólo manifiesta una opinión; mientras si afirma que el testador le dictó el testamento, debe ser creído, si no se demuestra lo contrario, porque afirma un hecho ejecutado por él.

Los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ellos (art. 994), porque se trata de actos

(Art. 994.) La fe del instrumento público es para los interesados y los terceros extraños al acto; pero no puede oponérseles á éstos respecto de derechos y obligaciones que no han contraído, pues sería desconocer el gran principio de que los contratos no perjudican ni aprovechan sino á los contratantes. Hace fe contra los terceros, respecto de los hechos anunciados por el oficial público como ejecutados en su presencia.

Es necesario no confundir la fuerza ejecutiva de un acto con su autenticidad; pues aquélla se refiere al procedimiento y ésta á la fuerza probatoria. Un instrumento público puede hacer fe y no tener fuerza ejecutiva; y esta diferencia se debe hacer igualmente, cuando el instrumento se presenta como medio de prueba en un juicio contra terce-

La prueba de la simulación de una escritura pública corresponde al que la afirma.—Jur. Civ., IX, 116, Sér. 1ª.

Las atestaciones del escribano en la escritura de protesto, forman prueba plena de los hechos relacionados; la prueba de su falsedad es á cargo del que opone la excepción de caducidad.—Jur. Com., III, 46, Sér. 3ª.

La nulidad del instrumento público fundada en la falsedad de los hechos, corresponde al que la alegue, siempre que se hayan llenado las formas que la ley exige.—Jur. Civ., I, 272, Sér. 3ª.

No argüidas de falsos, prueban plenamente las aseveraciones que contienen.—III, 147, Sér. 1ª.

Cuando existe contradicción en dos ó más, as aseveraciones del más antiguo destruyen las del moderno.—Jur. Civ., I, 157, Sér. 1ª.



pasados en su presencia. Este artículo, como el anterior y el que le sigue, sólo se aplican á las escrituras públicas hechas por los escribanos, ó á las otorgadas por los jefes del registro civil.

Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos ó actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros (art. 995), como sería el de haber re-

ros, en que su autenticidad puede ser desconocida demostrando lo contrario de lo afirmado en él. Puede atacarse la autenticidad del documento, civil ó criminalmente; civil, cuando se alegare cualquier alteración de la verdad contenida en él; criminalmente, si esa alteración se hiciere fraudulentamente con el objeto de perjudicar á otro. Corresponde á las leyes de procedimientos determinar el modo de dejarlos sin efecto.

Los autores distinguen la falsedad material en que se emplean medios físicos, como la alteración, borradura, enmiendas y todo acto que afecta la materialidad del instrumento, de la falsedad intelectual que comprende la sustancia del acto desnaturalizándolo en su esencia, ó en la manifestación libre de la voluntad, sin que haya indicios materiales que caigan bajo los sentidos. La hipoteca á pesar de ser instrumento público, no tiene fuerza contra terceros mientras no se haya inscrito.—Comp. DEMOLOMBE, XXIX, n° 277 y sig. MARCADÉ, al artículo 131. BONNIER, *Obl. cit.*, n° 637 y sig.

(**Art. 995.**) El artículo decide la cuestión suscitada entre los jurisconsultos franceses, sobre si las enunciaciones contenidas en el instrumento público, hacen fe respecto de los terceros que no hubieren intervenido en él. Pothier, Toullier y Duranton niegan la fuerza auténtica contra terceros, y Dumoulin, Demolombe, Marcadé, Bonnier y Aubry y Rau sostienen la afirmativa consagrada por el artículo, ha-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 994.—Marcadé, V, § 140.—Bonnier, n° 392. Es entendido que es de aquellas cosas de que el oficial público ha adquirido certidumbre por sí mismo y que tenga misión de comprobar.—La fe debida á los instrumentos públicos es la misma para todos; pero no así sus efectos, es decir, los derechos y las obligaciones que hace nacer el acto.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 994.—Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones que forman su objeto principal.—I, 91 y 150, Sér. 1°.

Las constancias de un instrumento público, aunque meramente enunciativas, forman prueba plena de las obligaciones en ella consignadas, en cuanto al otorgante se refieran.—III, 243, Sér. 5°.

cibido en su presencia el precio de la cosa vendida ó de quedar debiéndolo. La enunciación debe ser directa, porque si fuera incidental ó no tuviera una relación inmediata, no merecería fe.

El contenido de un instrumento público puede ser modificado ó quedar sin efecto alguno por un contra-instrumento público ó privado que los interesados otorguen; pero el contra-documento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores á título singu-

ciendo la distinción de Dumoulin, respecto de las enunciaciones que tienen una relación directa con el objeto principal del acto, y á las que se debe dar fe, de las que no tienen ese carácter y sólo sirven de principio de prueba por escrito. Por mi parte, reputo equivocada la doctrina del Código en la forma absoluta consignada, y aunque debemos obedecerla, señalo el gravísimo peligro de dar autenticidad para los terceros, á los actos no pasados ante el oficial público. La fe del instrumento público es una excepción creada por la ley, respecto de los actos pasados ante el oficial público, que ejerce una función delegada por la autoridad soberana, y esa autenticidad atribuida á los actos pasados en su presencia, no debe extenderse á los demás, aunque las partes afirmen haberse cumplido. Las enunciaciones son casi siempre unilaterales, pues se refieren á una mención ó declaración de alguno de los interesados, aceptada por el otro con su silencio, como sucedería si una persona reconociera que tal cosa que posee está gravada con tal renta en favor del otro, y cuyos atrasos han sido pagados hasta ese día; ó si se agregase que el capital primitivo ha sido reducido á tanto, á consecuencia de un reembolso parcial, en ambos casos esas enunciaciones harían fe; pero si en la venta de una heredad se dijera que la cosa prevenía de la sucesión de tal persona, y un tercero la reivindicase, no podría contestar la demanda fundándose en esta enunciación, ni haría fe, porque es absolutamente extraña al acto.

Los términos enunciativos en un instrumento público, estando apoyados en una larga posesión, se tenían antiguamente por probados, según la máxima de derecho: *in antiquis enuntiativa probant*; pero no ha sido confirmada por el Código y debe ser rechazada. Las enunciaciones tienen fuerza probatoria contra los terceros, pero no fuerza obligatoria, porque en nada puede perjudicar una declaración referente á mi derecho, sino á lo sucedido entre las partes contratantes. Así, una venta con la declaración de que la propiedad tiene el derecho de vistas sobre la mía, no me perjudicaría, ni haría fe en mi contra.—Comp. DEMOLOMBE, XXIX, n° 288, y sig. BONNIER,





lar, ni tampoco lo tendrá la contra-escritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero (art. 996); pero tendrán fuerza

II, n° 508. MARCADÉ al art. 1319, n° 11. AUBRY Y RAU, § 755, texto 2, letra B. ZACHARLE, § 751, texto y nota 14. Contra POTHIER, *Obl.*, 738. TOULLIER, IV, II parte, n° 159, y sig., y DURANTON, XIII, n° 98.

(Art. 996.) El carácter distintivo del contra-documento es el de quedar secreto, modificando ó alterando el instrumento público. El contra-documento puede tener dos objetos: 1°, el demostrar la simulación del acto, dejándolo sin efecto; 2°, explicar ó modificar los términos de una convención anterior. En el primer caso no hay convención, y el contra-documento está destinado á demostrar la simulación; en el segundo hay una nueva convención, que modifica la anterior y sirve para confirmar su verdad. Domat (*Leyes civiles*, lib. 3, tit. 6, sec. 2, núms. 13 y 14) trae el ejemplo de un contrato de venta, por el cual el vendedor garante toda evicción, y por un contra-documento, modifica esa cláusula garantiendo solamente sus hechos y promesas; entonces el contrato subsistirá con la modificación hecha. El Código Argentino no distingue el contra-documento cuando es un acto serio, destinado á confirmar el anterior, modificándolo, del destinado á demostrar la simulación y dejarlo sin efecto; á uno y otro les exige que

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 995.—Cód. Francés, art. 1320.—Sardo, 1417—Holandés, 1908—Napolitano, 1272—De Luisiana, 2235.—Aubry y Rau, § 775, n° 3. Así, si en el instrumento se dice que los réditos de un capital han sido pagados hasta un tiempo determinado, esta ó iguales enunciaciones merecen la misma fe que lo que se diga sobre la obligación principal.—Véase la glosa de Gregorio Lopez á la L. 32, Tit. 11, Part. 5ª.—Marcadé, sobre el art. 1320.—Bonnier, n° 393.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 995.—Los instrumentos públicos hacen plena fe entre las partes, aun de los hechos que sólo han expresado en ellos en términos enumerativos, con tal que la enumeración tenga relación directa con el acto jurídico que forma el objeto principal.—T. 10, p. 470.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 995.—Mientras no se pruebe la simulación ó falsedad los instrumentos públicos, hacen plena fe de las enunciaciones que forman su objeto.—Jur. Com., I, 513, Sér. 1ª.

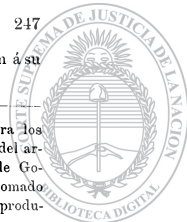
El que alega la simulación de la venta con pacto de retroventa, corresponde la prueba de que existía realmente un contrato mutuo.—Jur. Civ., V, 299, Sér. 3ª.

Las constancias de un instrumento público, aunque meramente enunciativas, forman prueba plena de las obligaciones en ellas consignadas en cuanto al otorgante se refieran.—Jur. Civ., III, 243, Sér. 5ª.

contra los sucesores á título universal, porque representan á su causante y continúan la misma persona.

sean anotados en el instrumento público, para tener efecto contra los sucesores á título singular y contra los terceros. La redacción del artículo no es clara, englobando ideas diversas, que el Proyecto de Goyena separa y deslinda completamente, no obstante haberlas tomado de ese autor; Goyena dice: «los contra-documentos privados no producen efecto contra terceros». Esta es una idea clara y precisa. Tampoco la producen, agrega, «las contra escrituras públicas, cuando su contenido no se ha anotado al margen de la escritura matriz reformada y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero», y así debe entenderse nuestro artículo.

El contra-documento privado no altera el instrumento público, ni para los mismos contratantes, hasta que no haya adquirido la autenticidad por el reconocimiento judicial; porque el instrumento público no puede ser modificado sino por otro posterior de la misma autenticidad, art. 1184, n° 10; así, el conocimiento que tenga el adquirente de la existencia del documento privado en nada alterará la naturaleza de su derecho; porque como dice Goyena, al art. 1214, «se les niega *absolutamente* todo el efecto contra terceros y les concede á las segundas (escrituras públicas) con tales precauciones, que hacen imposible la superchería en perjuicio de terceros; éste no puede saber nada de los documentos privados, y no puede ignorar nada de las contra escrituras públicas, según las precauciones del artículo». Así, la compra de un inmueble de A., habiéndome manifestado B. que es suyo por tener un documento privado, en nada perjudicará mi adquisición; y sería raro que la ley protegiera un acto reprobado destinado á perjudicar al verdadero dueño. En caso de una contra escritura pública oculta, sin ser anotada en la matriz ni en la copia, pero de la que tuviera conocimiento el adquirente, como no debe considerarse un acto serio destinado á engañar á los terceros, sería difícil decidir sobre la nulidad de la segunda escritura, si se encontrara un acto deliberado, realizado de buena fe; por eso preferimos dejar al arbitrio judicial, el determinar cuando la adquisición fué de mala fe, ó si se hizo corriendo las contingencias de su anulación, lo que podrá juzgarse por las circunstancias especiales del caso. No debemos erigir como regla *absoluta* de criterio la disposición del artículo que no distingue, cuando el segundo acto se hizo con conocimiento ó ignorancia del contra-documento. El artículo dice: «no tendrá efecto contra los sucesores á título singu-



Los terceros que hubieren contratado sobre la cosa ú objeto, conociendo la existencia del contra-documento privado, ha-

lar», precisando la generalidad de las palabra *terceros*, de que se vale el Código Francés y el Proyecto de Goyena. Los sucesores á título universal, sucediendo á los contratantes en todos sus derechos y obligaciones, tienen que aceptar el contra-documento privado ó público, como si ellos mismos lo hubieran otorgado. El contra-documento produce, pues, efecto contra los mismos contratantes y sus sucesores á título universal. En la transmisión de la propiedad raíz, no tiene valor para los terceros, si no se ha tomado razón en el registro.—Cons. BONNIER, II, n° 516. DEMOLOMBE, XXIX, n° 347 y sig. LAROMBIÈRE, IV, n° 10, al art. 1321. GOYENA, l. c.

Cuando el instrumento público fuere simulado con un objeto lícito, como si un padre deseando mejorar á uno de sus hijos dentro de su porción disponible, sin levantar celos entre los demás, por esta preferencia, simulara una venta, y por un contra-documento privado ó público estipulara que el valor de la cosa vendida se trajera á colación en lo que excediera de su porción disponible: en casos semejantes el acto sería válido.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 996.—El contra-documento es un acto destinado á quedar secreto, que modifica las disposiciones de un acto ostensible. En presencia de estas dos disposiciones contrarias, la una verdadera pero ignorada, y la otra falsa pero la única conocida, la ley debe declarar que los efectos del acto ostensible podrán siempre ser invocados por los sucesores singulares. Cuando yo he comprado la casa de Pablo, y reconozco por un acto que queda reservado, que la venta ha sido fingida, esta declaración no podrá tener ningún efecto contra mis sucesores singulares en aquella casa; y si deslealmente la vendo ó la hipoteco, el que la hubiese adquirido de mí, conservaría á pesar del contra-documento, el derecho que habría adquirido como si mi dominio aparente en la cosa hubiese sido positivo. Marcadé, sobre el art. 1321.—Bonnier, *Des preuves*, desde el n° 396, trata extensamente de los contra-documentos, y de su importancia jurídicas.

Fallos de la Crim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 996.—Para probar la falsedad de un pago, el contra-documento prueba contra el tercero que intervino por medio de mandatario en la formación de la escritura pública.—Jur. Civ., VI, 179, Sér. 4°.

Las constancias, sobre aporte de capital, que existen en el contrato por escritura pública, sólo pueden ser destruidas por los socios por otra escritura pública ó por contra-documento privado.—Jur. Civ., XIII, 196, Sér. 6°.

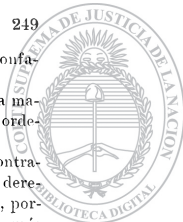
Los instrumentos públicos se presumen verdaderos mientras no se resuelve la simulación.—Jur. Civ., II, 183.



brán celebrado un acto válido, á menos de demostrarse confabulación para perjudicar al enajenante aparente.

El contra-documento privado no puede anotarse en la matriz ó en la copia, á menos de ser reconocido en juicio y ordenada la anotación por el Juez competente.

Los acreedores quirografarios ¿deberán respetar los contra-documentos privados de su deudor, cuando ejercen sus derechos? Tal facultad haría casi imposible una acción eficaz, porque se prestaría á fraudes de toda clase, pues nada sería más fácil que firmar un contra-documento para dejar sin efecto el acto más serio. El deudor podría firmar un contra-documento declarando que la compra hecha era simulada y que el bien pertenece al vendedor.



TÍTULO IV

DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS (*)

§ 296.—FORMA DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

La institución de los escribanos públicos que heredamos de la España, ha penetrado de tal manera en nuestras costumbres, que forma parte esencial de nuestro ser social; y sin embargo, no tiene precedentes en las antiguas legislaciones, con las facultades tan ilimitadas que nosotros les concedemos.

Por más garantías de competencia y honestidad que se exijan á las personas que desempeñan un puesto de tanta responsabilidad, difícil será librarse de actos sumamente bochornosos. Apresurémonos á decir en honor de este gremio, que rara vez faltan á la confianza que la ley deposita en sus manos.

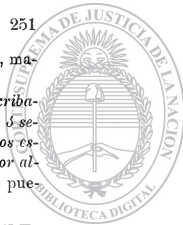
Las solemnidades que contiene una escritura pública, pueden dividirse: en intrínsecas ó necesarias para producir el acto, ó en extrínsecas ó necesarias sólo para su ejecución. Así se debe distinguir la fuerza ejecutiva atribuida á una escritura pública, de la fe que esa escritura merece con relación á su contenido.

Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos, ó por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones (art. 997), en la forma que determinen las

(**Art. 997.**) Las escrituras públicas son hechas generalmente por escribanos autorizados por los gobiernos para llevar los registros de contratos. La ley ha determinado á cada uno las materias sobre que deben versar los contratos; á unos los asuntos de comercio, á otros los civiles, á aquellos los que se refieren á la parte marítima que pudiéramos llamar fluvial; pero una ley reciente autorizó á todos los escribanos para intervenir en lo civil y comercial. Los escribanos que no tienen registro, no pueden otorgar escrituras públicas, á no ser en uno de los regentados por sus colegas, con autorización de la Cámara res-

(*) Véase la ley de Noviembre 2 de 1866 que comenzó á regir en la capital de la República desde el 1.º de Enero de 1867.





leyes de procedimiento de cada provincia respecto al sello, manera de llevar el protocolo y demás condiciones.

Las escrituras públicas deben ser hechas por el mismo escribano en el libro de registros, que estará numerado, rubricado y sellado según las leyes en vigor. Las escrituras hechas por los escribanos públicos que no estén en el protocolo, no tienen valor alguno (art. 998), con excepción de las de matrimonio, que pueden hacerse volantes según el art. 46 del matrimonio civil.

pectiva; pero si lo hicieran sin autorización, el acto sería válido, sin perjuicio de las penas ó multas en que incurrieran. Otros funcionarios, sin ser escribanos, están autorizados para hacer escrituras públicas, como los jefes del Registro Civil que intervienen en los matrimonios, nacimientos y defunciones; los encargados de los archivos, autorizados para expedir copias de los documentos bajo su custodia. La escritura pública es un instrumento público, y lo que se dijo en el título anterior le es aplicable con las modificaciones contenidas en este título.—FREITAS, art. 705 y nuestras notas al art. 979, nos 1 y 2.

(Art. 998.) Muy raros son los escribanos que hacen personalmente las escrituras, limitándose á autorizarlas, y aunque no es una condición que anule la escritura la de ser hecha de puño y letra del escribano, sin embargo, debe tenerse en cuenta el mandato de la ley. Este es uno de los defectos de muchas de nuestras leyes, que olvidan prácticas arraigadas que merecen respeto, y por esa razón quedan escritas en el papel, manifestando sólo una aspiración. Conviene, pues, reformar una disposición que no se cumple, y es inútil. Es un error el enseñar «que las escrituras que no sean escritas por el escribano, son nulas», porque eso no dice la ley en parte alguna; dice, sí, que *deben ser hechas por el escribano*, pero no *sopena de nulidad*; y por el contra-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 997.—Por el Derecho Español había oficiales públicos que solo ellos podían extender escrituras relativas á las cosas municipales, y se llamaban escribanos de cabildo. Los archiveros públicos son también como escribanos públicos, los únicos que pueden dar copias en forma, de los actos que se hallen en los archivos públicos. Así, las leyes y las ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, ante quienes pasen algunos actos jurídicos especiales.

Se llama escritura *matriz* la que extiende el escribano en el libro de registro que los romanos llamaban *protocolo*, el cual según las leyes de Partida y Recopilación debe siempre quedar en poder del escribano sin entregarse nunca á las partes. La copia sacada de esta escritura, se llama *original*, y en los casos en que es permitido sacar copia del original, la copia se llama *traslado*.



Las escrituras otorgadas por los escribanos públicos en la capital de la Nación, se extenderán en cuadernos de papel del sello correspondiente, que el escribano hará sellar por el secretario de la Cámara de Apelaciones con el sello del Tribunal (arts. 190 y 191, ley Org. de los Trib.), expresando cada foja en letras y guarismos el número de orden que le corresponda.

Las escrituras deben hacerse en el idioma nacional. Si las partes no lo hablaren, la escritura debe hacerse en entera conformidad á una minuta firmada por las mismas partes en presencia del escribano, que dará fe del acto, y del reconocimiento de las firmas si no lo hubiesen firmado en su presencia, traducida por el traductor público, y si no lo hubiere, por el que el Juez nombrase. La minuta y su traducción deben quedar protocolizadas (art. 999).

rio del contesto mismo de la última parte del artículo, se desprende que sólo son nulas las que no estuvieran en el protocolo. Las nulidades son impuestas expresamente por la ley; si una formalidad no se pena con nulidad, el acto será válido.—FREITAS, art. 706, de donde se tomó el nuestro, no contiene la última parte, y no ofrece duda alguna.

Las escrituras se harán en el registro que deberá estar rubricado y numerado, expresándose en letras y en guarismos el número de orden que corresponde á cada escritura, y no podrán ser extraídas de la oficina sino en caso de fuerza mayor ó para ir al archivo; las escrituras matrices no pueden ser desglosadas sino en virtud de orden de Juez competente, cuando se trate de un delito, arts. 188 á 201, de la ley 12 de Noviembre de 1886. Pero cualquiera de las condiciones que falte al registro, como si no estuviere foliado ó sellado, ó en otro sello del correspondiente, no anulará la escritura; sólo dará lugar á responsabilidades del escribano.

(Art. 999.) Las escrituras deben hacerse en el idioma nacional: esta disposición rige igualmente para los testamentos por acto público; pero la ley no la ha impuesto bajo pena de nulidad, y siguiendo la teoría enseñada de que las nulidades no se crean por implicancia, sino cuando las leyes expresamente las imponen, tendríamos que admitir la validez de una escritura hecha en idioma extranjero, por más rara que parezca esta afirmación, y aunque el escribano debiera ser penado. Cuando las partes no hablasen el idioma nacional, ó no lo entendiesen (porque basta que lo sepan traducir, aunque no lo sepan hablar), se hará una minuta en el idioma de los contratantes, y firmada por



Algunas de estas formalidades debían exigirse so pena de nulidad, porque tocan á la esencia misma del acto, pero debemos estar á lo dispuesto en el art. 1004. La ley quiere toda clase de garantías en la manifestación de la voluntad de los contratantes, y como se encuentran en el mismo caso los que no pueden manifestarla sino de determinada manera, se ha dispuesto que, *si las partes fueren sordo-mudos ó mudos que saben escribir, la escritura debe hacerse en conformidad á una minuta que den los interesados firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar también protocolizada (art. 1000)*, pero si la minuta se hubiere hecho por el sordo-mudo ante el escribano, no será necesario el reconocimiento.

ellos ante el escribano ó reconocida la firma, si no la hubiesen hecho en su presencia, será vertida al idioma nacional por un traductor público. Esta es otra de las condiciones que tampoco se han impuesto bajo pena de nulidad, y si cualquiera tradujese la minuta firmada, la escritura no se anularía, si la traducción expresara exactamente lo convenido. La ley no ha previsto cuando hubiera disconformidad entre la minuta y la traducción de ella; entonces se debe dar valor á aquélla, porque eso ha sido lo convenido entre las partes. Freitas, art. 709, ha previsto cuando el escribano conociera el idioma de los contratantes, porque entonces no necesitaría de minuta, ni de traducción, y creo que en esa hipótesis, si el escribano hiciera la escritura faltando á sus deberes, no se anularía. La minuta y la traducción deben quedar protocolizadas, dice el artículo. ¿Y si no lo estuvieren? La escritura debería anularse, pues falta la base sobre que descansa; pero la ley no ha impuesto semejante pena, y será válida. Si alguna de las partes reclamase del contrato, el escribano responderá por los daños y perjuicios. Las formalidades exigidas por este título son aplicables á los testamentos, en cuanto lo permitieran la peculiaridad de esos instrumentos y principalmente las de los arts. 1004 y 1005. Este artículo debe reformarse.—Comp. arts. 986, 3641, 3563 y 3700.

(**Art. 1000.**) Hay indudablemente una incongruencia entre estas disposiciones y las del art. 3651, que prohíbe hacer testamento por acto público á los sordos, los mudos y los sordo-mudos. La razón en la legislación francesa para impedir esta forma, es el art. 972. Cód. Francés, que exige al testador dicte sus disposiciones al escribano, mientras el Código Argentino autoriza al escribano para recibir por



El Código Civil ha determinado la forma de las escrituras públicas, porque tocan al fondo del acto mismo, y ha dicho: *la escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorguen, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio ó vecindad, el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo, ó feriado, ó de fiesta religiosa (art. 1001, 1ª parte)*. Entre estas condiciones hay algunas que

escrito las disposiciones, art. 3656; pero se comprende la prohibición, pues el art. 3658 exige como condición ineludible que el testamento sea leído al testador en presencia de los testigos, lectura que no puede ser oída. Cuando trate esta materia, expondré mi opinión.

El mudo y el sordo-mudo deben hacer una minuta ó presentarla firmada al escribano, en cuyo caso deben reconocer la firma; pero sería inútil si la hubieren firmado ante él. Freitas, art. 710, ordena sea firmada en presencia del escribano, quien dará fe del hecho. Bastará dar fe de haberla firmado en su presencia, sin necesidad del reconocimiento. No habrá diferencia, si la minuta es hecha por el mismo otorgante ó por otro, y sólo llevase la firma. Si la minuta no quedare protocolizada, la escritura no sería nula, pero el escribano responderá por los perjuicios causados.—Comp. arts. 3651, 3668 y 3669, y sobre todo el 986.

(**Art. 1001.**) La naturaleza del acto no debe confundirse con el objeto. La naturaleza comprende la clase de contrato celebrado, si es venta, locación, donación, etc., para determinar los principios á que obedece el acto jurídico. El objeto debe determinarse en su individualidad, si es cosa cierta, ó señalándola por su especie y cantidad, si fueran cosas inciertas; si es una obligación de hacer ó de no hacer, especificándola. El objeto es la cosa materia del contrato. Lo dicho en las notas á los arts. 924 y 927 se debe aplicar á esta parte.

Los nombres y apellidos de las personas; respecto del nombre, bastará algunas veces las iniciales. La ley ha querido evitar confusiones identificando la persona de los contratantes. La expresión de si los otorgantes son mayores de edad, no es de absoluta necesidad; porque pueden ser menores emancipados y tener capacidad para celebrar el acto. De la mayor edad no responde el escribano, aunque debe tratar de asegurarse por todos los medios posibles, así como del estado de familia ó domicilio. Son condiciones que el escribano expresa generalmente, ateniéndose á la manifestación de las partes, sin que haga fe dicha enuncia-

no son esenciales para la validez de la escritura, y que suprimidas sólo harían pasible al escribano de una multa ó pena.

ción, porque no está en su mano el asegurarse de su verdad. Sobre este punto véase lo dicho en los notas á los arts. 993, 994 y 995.

Las escrituras pueden hacerse en cualquier día y hora ó en cualquier lugar tratándose sobre todo de los testamentos en que el escribano lleva el registro á casa del enfermo. La designación del tiempo y lugar debe hacerse so pena de nulidad.

El escribano debe dar fe de que conoce á los otorgantes; es decir, que son las personas del nombre y apellido que figuran en la escritura; en una palabra, garantizar la identidad personal, y su afirmación hace fe hasta no ser contradicha; pero no comprende las demás condiciones de la persona, á menos de constarle la falsedad de la afirmación, en que sería responsable por daños y perjuicios causados por la anulación del instrumento.

Debe salvar al final las raspaduras, palabras entre líneas ó enmendadas so pena de anular el instrumento, si fueran en parte sustancial (art. 989.) La escritura se leerá á los interesados y testigos, esta circunstancia es muy importante, pero no será nula, si la firmaren sin leerla. El escribano rechazará por prudencia esta gran confianza que las partes quieran depositar en su persona, y siempre debe leer la escritura, á fin de evitar reclamos posteriores. Si una de las partes no sabe ó no puede firmar, lo hará en su nombre otro de los testigos, aunque la ley expresamente no lo diga; porque deben ser personas diversas las que hagan constar la voluntad de los contratantes, y con mayor razón, si el uno fuera vendedor y el otro comprador. Cuando no puedan firmar uno ó ambos interesados, el escribano deberá expresar la causa que les impida hacerlo, art. 362, y si no saben, se consignará también esta circunstancia, art. 1004; pero no es esencial, siempre que conste la firma del que lo hace á su ruego; no obstante, debiera serlo, pues de otro modo no se explicaría la firma de una persona extraña al acto. Si uno de los contratantes hubiera expresado no saber firmar, sabiéndolo, ó si dijese que no puede por estar impedido, cuando no sabe hacerlo, esa circunstancia no alteraría la verdad de la escritura, ni atacaría su validez.

Las expresiones numéricas, sea de cantidad ó de tiempo, se consignarán en letras y no en cifras, para evitar alteraciones posteriores; pero su contravención no anulará la escritura. Hay impropiedad en la expresión, cuando sólo se refiere á las cantidades que se entregan en





El escribano debe dar fe de que conoce á los otorgantes, y concluida la escritura debe leerla á las partes, salvando al final de ella lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubiesen hecho. Si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo á su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento. La escritura hecha así con todas las condiciones, cláusulas, plazos, la (las) cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números, debe ser firmada por los interesados en presencia de dos testigos cuyos nombres constarán en el cuerpo del acto, y autorizada al final por el escribano (art. 1001, 2ª parte). Estas formalidades no pueden ser alteradas por las provincias, aumentándolas ó dejándolas sin efecto,

presencia del escribano, pues se comprenden todos los hechos que hubieren tenido lugar en su presencia, y que se consignan en la escritura.

Los interesados firmarán la escritura en presencia de los testigos, cuyos nombres constarán en el cuerpo del acto; pero la ley sólo la anula cuando no constare la *presencia y firma de los testigos*, de manera que la constancia de sus nombres en el cuerpo del acto no es esencial. Ordinariamente las escrituras se hacen sin la presencia de los testigos cuyos nombres se dejan en blanco para llenarlos posteriormente, haciendo inútil la formalidad; habría sido conveniente obligar á cada una de las partes á hacerse acompañar por un testigo para impedir esta corruptela, ó imponer á los escribanos penas severas cuando faltaren á una formalidad tan esencial. La autorización final del escribano es tan esencial, que sin ella no habrá instrumento público, ni el acto merecerá fe. Haremos notar que se ha omitido la firma del escribano; pero como sin ella no hay escritura pública no ha sido necesaria expresarla; no obstante, ha debido consignarse en el art. 1004.—Véase FREITAS, art. 712 y 713, y sobre todo el 714, n° 4, donde exija la firma del escribano.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1001.—L. 1, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec. L. 54, Tít. 18, Part. 3ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1001.—El escribano no está obligado á conocer el estado civil de las personas á cuyo favor otorga el mandato.—Jur. Civ., VII, 103, Sér. 1ª.

(Art. 1001.) Véase pág. 254.



porque si bien se relacionan con la forma del acto, comprenden la sustancia del mismo.

El escribano está obligado á dar fe del conocimiento de las partes, porque sin esa circunstancia no sería posible realizar un acto completo, desde que estaría siempre sujeto á ser anulado á cada momento; pero *si el escribano no conociese las partes, éstas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fe que los conoce (art. 1002)*, y si la escritura se declarase nula por no ser esa la persona, los testigos serían responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la nulidad.

(Art. 1002.) El escribano está obligado á dar fe del conocimiento de los contratantes; es decir, á atestiguar su identidad personal, y cuando no conozca á alguno de ellos, puede exigir se le demuestre esa identidad; pero una vez convencido por cualquier clase de prueba, dará fe bajo su responsabilidad. El modo de salvar la falta de conocimiento de las partes es hacer intervenir á dos testigos que conozcan á los otorgantes. La ley exige la atestación sobre la identidad de los contratantes, no sólo para asegurar la seriedad del acto, sino para evitar cualquier sustitución. Cuando es un nombre y apellido general, como sucede con los García, López, González, etc., en que puedan confundirse con otro, es conveniente agregar el apellido materno, aunque no se acostumbre firmar así, expresando esa circunstancia en la escritura. Si los mismos testigos del acto conocidos del escribano conocieran á los contratantes, pueden atestiguar sobre la identidad de éstos, y el escribano salvará su responsabilidad haciéndolo constar en el acta; pero dará fe del conocimiento de los testigos, certificando sobre su identidad, lo que no es necesario en los demás casos; sin embargo, el art. 990 al decir quiénes no pueden atestiguar en los instrumentos públicos, lo ha hecho para que se sepa cuándo éstos pueden ser anulados, sin exigir al escribano que responda de su habilidad, á menos de no ser ésta evidente, como si no sabe firmar su nombre, ó es mujer, ciego, etc. Si no conoce á las partes ó no da fe de su conocimiento, la escritura no se anulará; pero sería responsable de los daños y perjuicios en caso de anularse por no ser las personas cuyos nombres figuran en el acto.—FREITAS, art. 712, n° 4. Véase art. 3699.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1002.—L. 1, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec.

Si los otorgantes fuesen representados por procuradores, el escribano debe expresar que se le ha presentado el respectivo poder, transcribiéndolo en el libro de registro junto con la escritura. Lo mismo debe hacerse cuando las partes se refieran á otro instrumento público. Pero si los instrumentos estuviesen otorgados en el registro del escribano, bastará que éste dé fe de hallarse en su protocolo, indicando la foja en que se encontraren (art. 1003). La

(Art. 1003.) Sean procuradores ó representantes necesarios, como tutores ó curadores, deben acompañar el documento habilitante. Es necesario determinar lo que se entiende por éste, pues es de tal importancia que su no transcripción anula la escritura. El documento habilitante se refiere á la representación que la persona se atribuye para realizar un acto comprometiendo intereses ajenos y obrando en nombre de otro. Las personas jurídicas y los incapaces de hecho, sólo pueden obrar por medio de sus representantes, y cuando éstos ejecutaren actos en su nombre, exhibirán los documentos que los constituyen en tal carácter. El escribano debe conocer los estatutos que han creado la persona jurídica, y examinar las condiciones y facultades que confieran á su representante. Cuando fueren sociedades comerciales, no bastará que el nombre del contratante se encuentre en la razón social, será necesario presentar el contrato, el cual se transcribirá en la escritura para demostrar la personería invocada, indicando la fecha del instrumento y el registro donde se encuentra. Cuando el escribano notare la nulidad del documento habilitante por falta de formalidades externas, puede negarse á extender la escritura, ó salvará su responsabilidad haciendo presente esta circunstancia. Si el documento habilitante no tuviera la facultad atribuida por el que lo exhibe, no se hará la escritura. Freitas, art. 713, n° 3, dice: «si los otorgantes se refieren á un instrumento público ó privado, que se presente como haciendo parte integrante de la escritura, debe también el escribano dar fe de que el instrumento le ha sido presentado, transcribiéndolo en su libro de registro.» El Código Argentino no habla de los instrumentos privados, pero deben considerarse comprendidos; sin embargo, no nos atreveríamos á sostener la nulidad de la escritura, cuando no se hubieren transcritos. Si el documento habilitante estuviere en el registro del escribano bastará dar fe de él, indicando la foja; pero una y otra supresión no anulará la escritura. ¿Y cuándo el registro estuviere en el archivo? La ley no hace distinción, aunque su espíritu ha sido referirse al registro que se encuentre en poder del escribano, porque puede



transcripción tiene por objeto asegurarse de que el instrumento en virtud del cual se obra, no tiene alguno de los vicios que anulan el acto, como si no tuviera la fecha ó le faltare la firma de los testigos. etc. Debe transcribirse todo documento que sea referente á la persona ó al derecho que invoca.

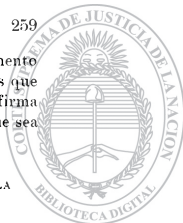
§ 297.—CONDICIONES ESENCIALES PARA LA VALIDEZ DE LA ESCRITURA PÚBLICA

La ley ha determinado la forma en que deben hacerse las escrituras públicas, buscando garantizar la seriedad y seguridad del acto; pero no todas las indicaciones deben llenarse so pena de nulidad, y ha separado especialmente las que lo afectan en su esencia; así dice el (art. 1004): *son nulas las escrituras que*

inmediatamente darse cuenta de su alcance, mostrándolo á las partes. La conveniencia de la transcripción está en que cualquiera al leer la escritura se dé cuenta de si tiene ó no algún vicio, mientras la simple referencia la deja incompleta, pues se necesita una investigación previa. Por mi parte, aconsejaría la reforma del artículo, exigiendo la transcripción de todo documento cuando se obra á nombre de otros, pues no hay razón para permitir al escribano referirse á su propio registro y negársela cuando está en el de otro colega. La transcripción debe hacerse de todo el documento como poderes, discernimientos de tutores ó curadores, de actas de sociedades anónimas, escrituras de sociedad y otras semejantes.—Comp. FREITAS, art. 712, n° 5, y 713, n° 3.

(Art. 1004.) Este artículo es de gran importancia; pero se han suprimido inconsultamente muchas otras causas de nulidad. Es necesario estudiarlas separadamente.

El *tiempo* comprende el día, mes y año en que la escritura se hace: no bastará, como en el testamento ológrafo, indicar una fecha cierta, refiriéndose á un acontecimiento conocido; si falta cualquiera de las otras designaciones que se reputan indispensables, se anulará la escritura. No creo que la escritura pueda valer sin la designación del día, aunque pudiera precisarse por la anterior y la posterior del protocolo: pues es una formalidad tan esencial, que si admitiéramos ese modo de fijar el día, tendríamos que permitirlo con relación al mes y al año, y resultaría una escritura válida sin la fecha, lo que es contrario á la ley.



no tuvieran la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma

El *lugar*, es decir, la ciudad, villa ó departamento donde se hiciera la escritura, si fuere en la oficina ó en otra casa, como sucede en los testamentos. Esto es con el objeto de que si fuera atacada la escritura, se pueda demostrar el *alibi*, que es la prueba más completa para demostrar que no ha podido firmarse en el lugar indicado.

El *nombre de los otorgantes*, de cuya identidad responde el escribano, aunque no diere fe de su conocimiento cuando estuvieren presentes al acto; el nombre de los representantes, si lo hicieren por poder.

La *firma de las partes*, debiendo entenderse por tal, el nombre y apellido escrito en caracteres alfabéticos y no en signos ó iniciales, aunque puede hacerlo respecto del nombre, si así acostumbrase á firmarse, y aun una firma incompleta si es constante y público que así acostumbraba á hacerlo; pero entonces se hará mención en la escritura de esa circunstancia. Puede firmarse con un título nobiliario, si así estuviere acostumbrado. Todo esto se aplica también á los que firmaren á ruego de los otorgantes que intervienen en el acto. Esta parte fué reformada según las indicaciones de la Instituta en la nota 154, habiendo agregado á la palabra presencia, la de: *y la firma*, quedando así completo el sentido de la disposición.

Las procuraciones ó documentos habilitantes comprenden las transcripciones que deben hacerse en el cuerpo de la escritura, y en cuanto á las significaciones, nos referimos á la nota anterior.

La *presencia y firma de dos testigos* debe hacerse constar en la escritura como que se hizo y leyó en presencia de los testigos que estuvieron en el acto, porque la ley quiere que todo eso sea simultáneo; no creo que pueda hacerse firmar á los testigos después que la escritura hubiera sido leída y firmada por las partes, pues no pueden atestiguar lo que no han visto ni oído. Entre nosotros estas cosas se hacen con mucha informalidad, los testigos no concurren generalmente á presenciar el acto y se da la firma por complacencia ó por confianza hacia el escribano; esas escrituras son nulas. A estas causas de nulidad puede agregarse la del artículo siguiente; pero eso no importa decir que las nulidades han sido agotadas por las enumeradas en este artículo, porque están las de los arts. 989, 990 y 998.

Freitas, art. 728, de donde fué tomado agrega como causa de nulidad «el objeto y naturaleza del acto jurídico; la lectura á las



á ruego de ellas cuando no saben ó no pueden escribir, las procuraciones ó documentos habilitantes y la presencia y firma de dos

partes y á los testigos que presenciaron el acto; y la firma del escribano (que no se consigna en el nuestro): los dos primeros casos convendría agregarlos cuando se haga una reforma, en cuanto al último, está comprendido, porque no hay escritura sin la firma del escribano.

Freitas, considera como esencial á la par del nombre de los otorgantes, los de sus representantes necesarios ó voluntarios y los de los testigos, de manera que deben constar en el cuerpo del acta para impedir que sea burlada la formalidad de la presencia en él; pero nuestros escribanos dejan el nombre en blanco de los testigos para llenarlo después. La disposición se aplica á todas las escrituras públicas con las diferencias que deben observarse las formalidades peculiares á la clase de escritura, como, p. e., en los testamentos. No creo que fuera de las formalidades esenciales creadas expresamente por la ley, bajo pena de nulidad, se puedan comprender otras, pues sería sumamente peligroso lanzarse en esa vía, contrariando la disposición del art. 986 y de la última parte del presente que sostiene lo contrario al decir, la inobservancia de las otras formalidades no anula la escritura: así, por grande que sea la omisión si no está penada con nulidad, no anulará el instrumento.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1004.—Es válido el poder otorgado por el presidente de una municipalidad, cuando ésto lo ha autorizado para otorgarlo y en el poder se transcribe la autorización.—XXII, 356.

Los artículos 1003 y 1004 del Código Civil, no son aplicables á un poder en que el otorgante obra en nombre propio y bajo el imperio de leyes extranjeras.—XXI, 251.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1004.—Los documentos habilitantes de un poder, cuando se encuentran transcritos en el protocolo del escribano autorizante, su inserción no es necesaria.—Jur. Civ., III, 583, Sér. 2°.

La nulidad de un poder otorgado en el extranjero no puede ser juzgado respecto á su nulidad ó validez por las disposiciones del Código Civ.—Jur. Com., VI, 322, Sér. 3°.

El escribano autorizante sólo puede omitir la transcripción del instrumento á que hace referencia, cuando se encuentre transcrito en su registro.—Jur. Civ., VI, 307, Sér. 2°.

Los escribanos de registro en actual ejercicio de su cargo, pueden examinar los protocolos de sus Registros existentes en el archivo, sin presentar antecedentes, los que sólo deben serles exigidos para la revisión de los protocolos de distinta oficina.—Jur. Civ., I, 275, Sér. 2°.





testigos. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos ó funcionarios públicos pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de trescientos pesos. Esto en cuanto al contenido de la escritura; pero con relación al lugar que debe ocupar en el registro del escribano, *es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo, donde según el orden cronológico, debía ser hecha (art. 1005).* Se ha dado demasiada importancia á esta formalidad, que sólo es con el objeto de impedir al escribano el cometer fraudes, mas no hay defensa contra un funcionario infiel. La disposición no se aplica á los libros del registro civil, y la escritura de matri-

(**Art. 1005.**) Este artículo bien pudo comprenderse con dos palabras más en el 998, agregándole: «aunque tuvieran en él, si no se encontrare en la página, según el orden cronológico», y habría convenido á la claridad del método agrupar los tres artículos, reuniendo así las nulidades de forma en un solo lugar. La disposición me parece demasiado absoluta, pues hace depender la validez del acto de un error de fecha que puede ser inocente. En general, es una garantía para todos é impide cualquier fraude contra terceros á quienes se perjudicaría con la antidata.—FREITAS, art. 730.

No pueden conceptuarse en ningún caso como el título habilitante que la ley exige se transcriba en las escrituras públicas de venta, los títulos de adquisiciones anteriores.—Jur. Civ., I, 214, Sér. 4°.

La transcripción del documento habilitante no es necesaria, si existe en el protocolo.—Jur. Civ., XV, 67, Sér. 4°.

Aunque cuando el documento sea otorgado en país extranjero, debe transcribirse el que justifique la representación invocada para el otorgamiento del mandato.—Jur. Com. IV, 174, Sér. 3°.

Es improcedente la nulidad de la escritura pública fundada en la falta de firma de una de las partes, si el contrato es unilateral y está firmado por el obligado.—Jur. Civ., V, 17, Sér. 4°.

Ni por la antigua ni por la nueva legislación, la omisión del estado civil de los contratantes, es causa de nulidad de la escritura de compra-venta.—Jur. Civ., XIV, 397, Sér. 4°.

La inserción del poder habilitante para la venta, es requisito esencial para la validez de la escritura, y su omisión produce nulidad absoluta, sin que pueda ser confirmada por la inserción en ventas posteriores.—Jur. Civ., XIV, 96, Sér. 4°.

Los tribunales pueden de oficio declarar la nulidad de la escritura, si carece de las formalidades que exige la ley.—Jur. Civ., XIV, 96, Sér. 4°.



monio que no se encontrase según el orden cronológico, sería válida.

La nulidad de la escritura pública á la que falte alguna de las condiciones indicadas, produce diferentes efectos; en los testamentos, por ejemplo, quedará como si no hubieran existido, mientras en los contratos serviría de base para reconstruirlos, si estuviera firmada por los interesados y les conferiría acción para obligarse.

§ 298.—DE LAS COPIAS DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

La escritura original queda en el protocolo del escribano, como una garantía y testimonio permanente de que el acto se ha realizado; pero *el escribano debe dar á las partes que lo pidiesen copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado (art. 1006)*; dicha copia tendrá la misma fuerza que la matriz y hará fe contra terceros.

Los interesados tienen perfecto derecho para tener las copias que quisieren, con tal que de su expedición no resultase perjuicio alguno: de modo que *siempre que se pidieren otras copias por haberse perdido la primera, el escribano deberá darlas; pero si en la escritura, alguna de las partes se hubiese obligado á dar ó hacer alguna cosa, la segunda copia no podrá darse sin autorización expresa del Juez (art. 1007)*; porque la obligación

(**Art. 1006.**) Cuando se expide copia de la escritura, el escribano está obligado á poner una nota marginal expresando la fecha y el sello en que la expidió. Si los interesados no hubieran pedido copia, mientras el escribano tenga en su poder el registro, está obligado á darla; pero cuando ha pasado el protocolo al archivo, sólo puede expedirse por mandato de juez competente, y la da el archivero. Cuando el registro hubiere pasado á otro escribano, por muerte, destitución ó suspensión, éste podrá expedir las copias que no se hubieren dado, expresando esta circunstancia.—Comp. FREITAS, art. 715, y GOYENA, art. 1216.

(**Art. 1007.**) El escribano debe dar las copias que los interesados le pidieren, su única limitación es cuando la escritura contuviera una

se reproduciría tantas veces como copias existieran; pero este inconveniente se habría podido aún evitar con hacer concurrir á los interesados ú obligados y autorizar las nuevas copias.

obligación de *dar* ó de *hacer*. ¿Cuáles son las obligaciones de dar ó hacer? Las de dar están definidas en el art. 574, y se confunde generalmente, el acto en que se obliga á dar con el hecho mismo en que se da la cosa. Así, en la compra-venta cuando se entrega la cosa y el precio, no hay una obligación de dar, porque uno y otro han cumplido, y la escritura demuestra que el hecho se ha realizado. La de hacer está definida en el art. 625, y sólo comprende los servicios que se deben prestar. Goyena, en el art. 1216, lo ha comprendido así cuando dice: «hay escrituras de que el escribano mismo que las autorizó no puede sin mandamiento de juez dar más que una copia á la parte interesada, tales son aquellas en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas veces cuantas parezca la primera copia, como acontece con las obligaciones de hacer, dar ó pagar, etc. . . Siendo la escritura de aquellas por las que el acreedor no tiene acción para pedir sino una vez la cosa, como son las de *venta*, *permuta*, *donación*, etc., puede y debe el escribano, ante quien pasaron, dar á los verdaderos interesados todas las copias que le pidan y cuando quieran que las pidan *sin necesidad que el juez lo mande*, ni de oír á los interesados, ni de alegar la pérdida ó extravío de la primera»; hemos hecho esta transcripción porque deseamos llevar la convicción á los escribanos de que faltan á sus deberes cuando se riegan á expedir copias de escrituras de venta, contrariando el mandato de la ley y su propio interés. ¿Qué mal puede hacerse al vendedor que su comprador tenga dos ó más copias de la escritura? Ninguno, porque sus obligaciones no se alteran; si no ha entregado la cosa sólo puede exigirla una sola vez, pues las obligaciones que producen no son ejecutivas. Los terceros no serán perjudicados, porque el comprador no puede vender dos veces la cosa, pues el registro de la propiedad descubrirá el fraude; es cierto que se podrán hacer simultáneamente las dos escrituras, pidiendo los certificados por diversas oficinas; pero entonces se cometería un delito y nadie puede estar exento de una estafa. Sobre todo, el que compra por una segunda ó tercera copia tiene en su mano los elementos para impedir el ser defraudado, exigiendo las otras copias ó tomando precauciones para que el engaño no tenga efecto. Sólo en las escrituras que tienen fuerza ejecutiva, como las de deber sumas de dinero, ú otras cosas semejantes, no deberán darse copias sin autorización del juez competente y con las formalidades que se dirán, y aun en





Cuando la copia que se pidiere fuese de una obligación de dar ó de hacer, *toda copia deberá darse con previa citación de las que han participado en la escritura, los cuales pueden comparar la exactitud de la copia con la matriz. Si se hallasen ausentes, el Juez puede nombrar un oficial público que se halle presente al sacarse la copia (art. 1008)*; siendo esta última formalidad in-

este caso, si el deudor, ó quien debe hacer la cosa consintiera, deberá darse haciendo constar en nota marginal esa circunstancia, y firmándola el interesado con el escribano, expresando que es la segunda ó tercera copia, así como la intervención del deudor que autorizó su expedición. La copia viene á servir de original, pues la matriz, aunque lo sea en realidad, no se considera tal en nuestro sistema; la escritura verdadera es la copia que pasa al adquirente, y tiene fuerza ejecutiva en las obligaciones de dar sumas de dinero. Freitas, arts. 718 y 719, no hace diferencia alguna y exige para toda copia, cuando se pidiere la segunda, la autorización del juez.

Cuando en las obligaciones de dar ó hacer se hubiere expedido una segunda copia sin autorización del juez ó de la parte obligada, podrá ser anulada por el interesado, salvo los derechos del damnificado para repetir los perjuicios del escribano que no debió darla. El acreedor podrá pedir copia en la forma del art. 1008, anulando la que se le dió anteriormente. Lo hecho contra la prohibición de la ley es nulo, y como dice expresamente que *no podrá* darse copia sin autorización expresa del juez competente, la que se diera no tendría valor. Véase la nota del art. 1011.

(**Art. 1008.**) Cuando se solicitare nueva copia de una escritura que contuviera una obligación de dar ó hacer, es necesario alegar pérdida, destrucción ó cancelación, y el juez ordenará se dé sin más demostración, (si la obligación no está cumplida), previa la citación de los obligados, quienes podrán oponerse alegando haberse cumplido. Las leyes de procedimientos determinarán cómo deben expedirse las copias, y en los casos de ausencia, la manera de representar al obligado. El adjetivo *toda* se refiere á las obligaciones de dar ó de hacer.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1007.—L. 5, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 1008.*—El síndico tiene personería para pedir copias de las escrituras en que el concursado haya sido parte.—Jur. Com., I, 564, Sér. 1°.



útil, porque el escribano no hace sino firmar la copia confiando en la que su colega ha hecho, y porque es mostrar una desconfianza sin razón de ser respecto del escribano otorgante.

En todos los casos en que *hubiera alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará á lo que ésta contenga (art. 1009)*; porque á ella han concurrido diversas personas y á ésta sólo el escribano; sobre todo, porque el escribano afirma que es la copia fiel del original.

La escritura matriz que queda en el protocolo del escribano está destinada al archivo para constancia permanente; no se puede sacar de él, por esa razón, *la copia de las escrituras*

(**Art. 1009.**) En el sistema adoptado por el Código la copia es el original y merece completa fe en juicio y fuera de él; pero si se alegare disconformidad en parte principal con la matriz, se debe estar á lo que contenga ésta; así, cuando la matriz fuera nula por algún vicio de forma subsanado en la copia, ésta sería nula si comparándola se encontrare esos defectos; por el contrario, si la copia tuviera alguna falta que anulara la escritura, sería, no obstante, válida si en la matriz no se encontrare. Cuando la escritura tiene fuerza ejecutiva, el deudor puede alegar la nulidad del título y pedir el examen de la matriz, si las diferencias fueren sin importancia, no habrá razón para anular la copia. Las leyes de procedimientos determinarán el tiempo, forma y modo en que pueden y deben hacerse estos cotejos de la matriz con la copia, teniendo presente que la fe acordada á ésta pierde su fuerza en lo que no estuviere conforme con aquélla. Cuando se tratare de escrituras expedidas en el extranjero, donde no se puede confrontar la matriz, el interesado en la confrontación puede valerse de todos los medios de prueba que las leyes autoricen para demostrar sus afirmaciones. Mientras la matriz exista, dice GOYENA, art. 1215, sólo hará fe la copia en lo que esté conforme con ella; en la copia no puede haber más ni menos que en el original.—FREITAS, art. 717.

El testimonio judicial de una escritura pública, debe expedirse con citación del otorgante.—Jur. Civ., IV, 249, Sér. 4°.

Los defensores de ausentes no son parte en la expedición de nuevos testimonios, aun cuando el vendedor ó sus herederos no se presenten al juicio.—Jur. Civ., V, 409, Sér. 2°.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1009.—Véase L. 8, Tít. 19, Part. 3.—Cód. Francés, art. 1334.—Sardo. 1442.—Holandés, 1925.

de que hablan los artículos anteriores, hacen plena fe como la escritura matriz (**art. 1010**) y sólo puede ordenarse su cotejo cuando fueren argüidas de falsas ó tuvieran alteraciones.

La copia es una verdadera escritura y llegan casos en que sustituye á la matriz; por eso dice el (**art. 1011**): si

(**Art. 1010.**) Las copias son el verdadero original, y hacen plena fe con relación á las partes y á los terceros en los términos del art. 994, cuando hubieran sido sacadas con las formalidades de los arts. 1006 y 1008, lo que no importa decir que cuando el escribano diere segunda copia sin autorización del juez ó de la parte, sea necesario un cotejo con la matriz. La copia hará fe, mientras no fuere rechazada por el obligado, quien podrá anularla con sólo demostrar que es una segunda dada contra la prohibición de la ley. Por eso Goyena emplea la expresión de: «las copias en debida forma sacadas de la matriz, hacen plena fe», art. 1215, indicando que en caso contrario no la harían. La copia es un verdadero instrumento público, art. 979, n° 1, y hace fe mientras no sea argüida de falsa.—Comp. FREITAS, art. 715.

(**Art. 1011.**) Cuando el protocolo se perdiese pueden ocurrir cuatro hipótesis: 1ª, que exista la primera copia expedida por el escribano que hizo la escritura; 2ª, que haya copia duplicada ordenada por el juez; 3ª, que la hubiere duplicada expedida con consentimiento de la parte á quien correspondía oponerse; 4ª, que la hubiere duplicado expedida por el escribano indebidamente y contra la prohibición de la ley. Goyena, en el art. 1216, siguiendo al Cód. Francés estudia los tres primeros casos señalándoles el orden indicado para su validez; el Código Argentino no los prevé. Si hay una copia mandada expedir por el juez, existiendo la primitiva que otorgó el escribano, no habría razón aparente para dar mayor fuerza á la una sobre la otra; pero como suponemos diferencia entre una y otra, forzoso es decir en esta emergencia cuál debe tener mayor valor. Nos decidimos por la primera, como lo establece el Cód. Francés al art. 1335, á quien sigue Goyena, porque esta es la verdadera escritura; la segunda no tiene valor, sino por haberse supuesto perdida ó cancelada la primera; este razonamiento podemos aplicarlo á la tercera copia con relación á la

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1010.—LL. 10 y 11, Tit. 19, Part. 3ª.—Cód. Francés, art. 1335—Sardo, 1442—Holandés, 1925.





el libro del protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, ó que se ponga en el registro para servir de original, el Juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviere raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente. En tales circunstancias queda á la prudencia de los magistrados permitir las investigaciones necesarias para completar el instrumento, á fin de protocolizarlo con las pruebas obtenidas.

segunda. Respecto á la 4ª hipótesis, como la copia se supone expedida contra la prohibición de la ley no tendrá valor alguno, si es rechazada por el interesado, pero podrá servir de principio de prueba para comprobar la obligación. El artículo se ha separado del Código Francés y del de Freitas introduciendo una reforma importante. Freitas prohíbe dar segundas copias sin orden del juez y el Código Francés la autoriza, dándole un valor igual á las primeras, cuando tiene más de 30 años; el Argentino permite las segundas copias, en las obligaciones de dar ó hacer, sólo con autorización judicial.

Cuando el protocolo se perdiera y se atacare la validez de la copia ofreciendo probar la diferencia con el original, no le será permitida: podrá sólo anularse, como lo hubiera sido la escritura matriz, por vicios internos ó externos. Cuando se solicite la renovación de la copia por encontrarse deteriorada, una vez sacada la nueva, se inutilizará la otra, si contiene obligación de dar ó de hacer. El mismo escribano no puede renovar esa copia por propia autoridad, pues no existe el registro y sólo el juez puede ordenarlo. Cuando se pidiere poner la copia en el registro para servir de original, se citará á los interesados como en el caso anterior, y si se hallaren ausentes se procederá como en el art. 1008. Si la copia estuviere raída ó borrada en lugar sospechoso, ó no pudiera leerse, será cuestión de hecho su renovación: pero si hay obligación de dar ó hacer, deberá estarse en favor de la libertad.—Comp. LAROMBIERE, IV, al art. 1335.

TÍTULO V

DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

§ 299.—FORMA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

Los instrumentos privados son aquellos escritos hechos por las partes en fojas volantes destinados á hacer constar sus convenciones, y *la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por iniciales de los nombres ó apellidos (art. 1012)*; así, el que no sabe firmar no puede otorgar

(**Art. 1012.**) Se entiende por firmar un instrumento al acto de poner al final de él el nombre y apellido bajo el cual se conoce el individuo, y con el que está inscripto en el Registro Civil; pero se puede suprimir el nombre y poner sólo el apellido, si así acostumbra á hacerlo en todo los actos de su vida. No importará la firma el solo nombre de la persona, sin el apellido, ni tampoco el nombre con el apodo que se le diera; esto no quiere decir que las cartas escritas entre parientes y amigos íntimos que fueran traídas como medio de prueba, deberían desecharse por esas circunstancias; importa sólo afirmar, que no se admitirán documentos donde se haga constar una obligación en esas condiciones. No se entiende firmar un acto (dice Merlin, *Rep.* 1º, *firma*, § 3, art. 5, nros 1 y 2), cuando en lugar del nombre de familia (apellido) se ha puesto el de otro ó el nombre de una tierra que se posee, ó el sobrenombre, ó uno de sus nombres, ó sea las letras iniciales de su nombre solamente, ó solamente las iniciales del apellido.» Una firma debe ser escrita regularmente, toda entera en letras alfabéticas; pero si hubiere equivocación, ó supresión en las letras ó falta de ortografía, no anulará el instrumento. Son generalmente cuestiones de hecho que se resolverán según los casos. Así, la corte de Burdeos ha decidido que la ausencia de algunas letras en la firma del testador, no puede hacer pronunciar la nulidad del testamento (Mayo 5 de 1828). Igual cosa se decidirá en las firmas que son verdaderamente ininteligibles ó indescifrables. Hubo un tiempo entre nosotros en que algunos de los hombres más expectables firmaban de una manera indescifrable: «¿A dónde se llegaría, dice el consejero Duplan, si se mostrase



documento privado. En algunas naciones modernas sólo se pide el sello que la persona esté acostumbrada á usar; el Código del

exigente sobre la corrección de firmas, cuando vemos á nuestros altos funcionarios firmar con caracteres en que no se puede distinguir ninguna de las letras de la lengua francesa?» La firma se pone regularmente á la conclusión del documento y algo separada; á este respecto se ha preguntado si valdría el documento en que la firma figurase en seguida de lo escrito, sin dejar espacio. Como la ley no ha exigido un lugar especial para colocar la firma, todo el contenido del documento que estuviera antes de ella sería válido; pero lo que le sigue no valdrá, á menos de ser de la misma letra y reconocerlo el otorgante. La rúbrica no es un elemento esencial, cuando la persona está habituada á firmar con su solo nombre; pero la firma no es el nombre escrito de una persona, sino ese nombre escrito de una manera particular con ciertos rasgos de pluma que le acompañan; así no sería considerado como firma, si no tiene la rúbrica que acompaña al nombre y apellido, si está acostumbrado á usarla. En general, todas las personas usan de esa rúbrica como un signo distintivo, y en los tribunales colegiales sólo se exige la rúbrica, sin el apellido, para firmar ciertas resoluciones. La firma debe ser puesta por el mismo interesado, sin que intervenga una persona extraña que pueda llevarle la mano, por cualquier causa que fuera. Si admitiéramos que esto pudiera hacerse, desaparecería la garantía buscada por la ley en estos documentos; además la firma no se parecería, porque la letra variaría según la mano que la dirigiese. La firma puede ser puesta con lápiz, así como el documento, salvo el derecho del firmante para atacarlo demostrando que no ha sido un acto serio, ó que sólo era un proyecto que no tuvo efecto. La ley no exige que el documento sea hecho por el mismo que lo firma, ni que éste sepa leer ó escribir: basta saber firmar; pero ha suprimido una garantía eficaz que el Código Francés exige para impedir los fraudes, y es que, cuando el documento sea hecho por otra persona, la firma debe ir precedida de una especie de conforme, con las palabras *bon ó approuvé*, art. 1326, impidiendo de esa manera que pueda servir-se de cualquier firma.

El que no sabe firmar no puede otorgar documento privado. El instrumento privado puede ser escrito en cualquier idioma, y aun en un dialecto. ¿Pero siempre deberá ser en caracteres alfabéticos? No: bastará que sea en una lengua inteligible y en los caracteres de esa lengua. No es necesario que el instrumento privado tenga fecha, ni





Piamonte autoriza á hacer una marca cualquiera ante testigos. No se considera como instrumento privado, aunque fuera escrito por el otorgante, si no estuviera firmado, pero podrá servir de principio de prueba.

Ninguna persona puede ser obligada á reconocer un instrumento que esté sólo firmado por iniciales ó signos; pero si el que así lo hubiese firmado lo reconociera voluntariamente, las iniciales ó signos valen como la verdadera firma (art. 1014); igual cosa sucedería si se reconociera un documento emanado de una de las partes que no tuviera signos ni iniciales; pero no puede ser

el lugar donde se hace.—Comp. LAROMBIÈRE. IV, al art. 1325. DEMOLOMBE, XXI, n° 103, sig. y XXIX, n° 354. BONNIER, *Pruebas*, II, n° 670 y sig. ZACARIÆ § 590, texto y nota 8, AUBRY y RAU § 756, texto n° 1. FREITAS, arts. 732, 733 y 740.

(Art. 1014.) Cuando el documento privado estuviera firmado por iniciales ó signos, hemos dicho que no tiene valor alguno; se reputa como si no existiera, y por consiguiente, nadie puede exigirle el reconocimiento. Un juez á quien se presentare un documento semejante, debe rechazar el pedido de reconocimiento. ¿En qué casos puede entonces reconocerlo voluntariamente? Sea presentándose conjuntamente con el mismo demandante, sea en cualquier estación del juicio en que se le acompañare para absolver posiciones. En cuanto á la prueba, está sujeto á lo dispuesto en el art. 1193. Respecto á la capacidad para el reconocimiento, véase art. 1027, y el 1036 con relación á las cartas.—Comp. AUBRY y RAU, § 756, texto en la nota 4.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1012.—El art. 1428 del Cód. Sardo da la misma fuerza á la señal que á la firma. ZACHARIÆ, § 590, nota 3.—MERLIN, *Rep. Verh. Signature*.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1012.—No es admisible contra un pagaré á la orden, la excepción de espera fundada en una anotación sin firma, indicando que el pago se haría por trimestre.—LI, 366.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. Aplicación del art. 1012.—Carece de valor el documento privado sin las firmas de las partes que celebran un contrato bilateral: para que la firma de una sola de ellas haga suponer que existe otro ejemplar, el presentado debe tener la firma del contrario.—Jur. Civ., II, 402, Sér. 3°.

La tasación que no esté firmada por los peritos, debe declararse nula.—Jur. Com., VI, 251, Sér. 4°.



obligado á reconocerlo, á no ser como una posición en juicio contradictorio.

El instrumento público con su sola exhibición prueba la autenticidad de su contenido, *acta probant se ipsa*, como decía Dumoulin, mientras el instrumento privado no tiene valor, hasta que no sea reconocido por el otorgante, ó declarado tal en juicio contradictorio.

Si las escrituras públicas pueden otorgarse en cualquier día, con mayor razón se podrán hacer los documentos privados, así es que *los instrumentos privados pueden ser firmados en cualquier día, aunque sea domingo, feriado ó de fiesta religiosa (art. 1015)*.

Hay circunstancias especiales en que, por una gran confianza, se da la firma en blanco á una persona para que otorgue un acto en nombre del que la da, y debe munirse de un contra-documento que exprese el objeto, para reglar entre ambos sus relaciones de derecho. Así, pues, *la firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte á la cual se ha confiado, hace fe siendo reconocida la firma (art. 1016)*, y las obligaciones contraídas para con los

(**Art. 1015.**) Así como las escrituras públicas pueden ser hechas en cualquier día; pero no es necesario indicar ni el lugar, ni la fecha; estas condiciones no son esenciales para la validez del documento privado.— Véase FREITAS, art. 739.

(**Art. 1016.**) El abuso de la firma en blanco dió lugar en Francia á la declaración contenida en la ley del 22 de Septiembre de 1733; pero el Código Civil Argentino la ha restablecido en la forma aceptada por todos los autores. La firma en blanco es un acto de confianza, una especie de depósito, sin constancia alguna, que sólo se ejecuta con relación á ciertas personas.

El que da una firma en blanco debe saber que si no tiene una prueba escrita donde constare haberla dado, no puede recurrir á la prueba testimonial, y si es víctima de un abuso, debe culparse á sí mismo por haber puesto su confianza en una persona que no la merecía. Llenado el documento, queda firme y valedero una vez reconocida la firma, reformando en esta parte la antigua legislación española, que admitía negar el contenido. Aunque tuviera un contra-documento donde



terceros, aun desconocidos para él, son válidas, teniendo sólo recurso contra aquel á quien la entregó. *El signatario puede, sin embargo, oponerse al contenido del acto, probando que las declaraciones ú obligaciones que se encuentran en él, no son las que ha tenido la intención de hacer ó de contratar. Esta prueba no puede*

constase el uso para que se dió la firma en blanco, tendría obligación de responder á los terceros que contrataron de buena fe admitiendo el documento. Ha habido caso en que la firma se ha puesto para un escrito que debía presentarse al tribunal; entonces es una verdadera estafa, y debe darse todas las facilidades para demostrar el delito. Cuando la firma en blanco ha sido sustraída del poder de la persona á quien se le había confiado, la prueba de la sustracción puede darse por todos los medios, pues se trata de un delito. Y como en el caso de las cosas muebles robadas que se pueden reclamar de cualquiera, á menos de haberlas adquirido en casas de venta pública, del mismo modo no estará obligado para con los terceros que las hubieran adquirido legítimamente, éstos tendrán derecho para repetir los daños y perjuicios contra el ladrón. Si el tercero que adquiere el documento, ó que contrata en virtud de él, supiera que se le ha dado la firma en blanco, no por eso dejaría de valer el contrato ó la transferencia hecha; para considerarlo de mala fe, es necesario que haya confabulación entre ambos, siendo á cargo del firmante el demostrarlo. El acto de saber, ó de ver que se tiene una firma en blanco de tal persona, no implica mala fe. De lo expuesto resulta: que cuando se ha dado voluntariamente la firma en blanco, los terceros no pueden ser perjudicados por el abuso, y éste no puede demostrarla sin un principio de prueba por escrito; cuando se ha obtenido por robo ó sustracción, los terceros no adquieren derecho alguno, aunque sean de buena fe, y la sustracción se puede demostrar por cualquier género de prueba; cuando se ha hecho firmar un documento por medios dolosos, los terceros adquirentes de buena fe no deben perjudicarse; si se ha empleado la fuerza ó la violencia para obtener la firma en blanco ó el documento, el acto debe anularse, en los términos de la nota al art. 941.—Comp. DEMOLOMBE, XXIX, n° 361 y 362. AUBRY y RAU, § 756, texto en la nota 5. BONNIER, II, n° 671. TOULLIER, VIII, n° 265; en contra FREITAS, art. 754.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1016.—Toullier, VIII, n° 265.—Aubry y Rau, § 756.—Bonnier n° 548.



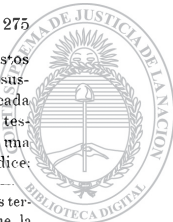
ser hecha con testigos (art. 1017), ni perjudicar á los terceros que hubieran aceptado el documento llenado, como una expresión de la voluntad del firmante, á menos de probarse que hubo confabulación; por esa razón la nulidad de las declaraciones ú obligaciones del signatario del acto que el Juez decretare en virtud de las pruebas dadas, no tendrá efecto respecto de terceros que por el acto escrito hubiesen contratado de buena fe con la otra parte (art. 1018).

(**Art. 1017.**) El reconocimiento de la firma da valor al contenido del documento, aunque se hubiera llenado la firma en blanco en un sentido contrario; pero eso no impide que en la estación oportuna del juicio se demuestre el abuso y se reclame los perjuicios del que lo cometió. El que da su firma en blanco conoce los peligros á que se expone, y si no exige una constancia escrita, la ley no debe favorecer su imprudencia, y por esa razón le niega la prueba testimonial, á menos de existir principio de prueba por escrito. Como en los casos de fuerza, intimidación, sustracción, etc., de la firma en blanco no es posible proporcionarse prueba escrita, no están comprendidos en la última parte del artículo, y sería una novedad en derecho el exigirla en tales circunstancias. Se puede sentar como principio general: cuando el individuo obra libremente entregando la firma en blanco sin garantizarse una prueba escrita, la ley le niega la testimonial. La prueba debe versar sobre la firma en blanco, y la intención ú objeto para que fué dada.—Comp. AUBRY y RAU, § 756, texto á la nota 6. DEMOLOMBE, XXIX, n° 361, y nuestra nota al art. 1016.

(**Art. 1018.**) La nulidad de la firma en blanco pronunciada por el juez sólo afecta al que la recibió; los terceros de buena fe, que contrataron en virtud de ese documento, no deben perjudicarse; como no se perjudicarían con los actos de un mandatario que defraudara al mandante. Toullier (VIII, n° 266, 2ª parte), cita un caso de un procurador á quien se le autorizó para tomar en préstamo 10.000 francos y tomó 60.000 de seis acreedores diferentes, siendo condenado el mandante á pagar los 60.000, pues él tenía la culpa de haber elegido un

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1017.—La prueba de las modificaciones de un documento privado después de firmado, corresponde al que alega la modificación.—Jur. Civ., VIII, 506, Sér. 2ª.

Reconocida la falsedad de la firma de un documento privado, corresponda el firmante probar la de su contenido.—Jur. Civ., VII, 126, Sér. 1ª.



Es necesario hacer la distinción esencial que nace de estos dos hechos: 1º entrega voluntaria de la firma en blanco; 2º susstracción de la misma firma en blanco, ó cuando es arrancada por la violencia. En el primer caso no se admite la prueba testimonial, porque el interesado ha podido proporcionarse una escrita. En el segundo, se aplica el (art. 1019) que dice:

mandatario infiel. La nulidad de la firma en blanco no alcanza á los terceros, á menos de demostrar confabulación para perjudicar al que la dió.—Véase los arts. 1057, 1934, 1946 y 2767. AUBRY y RAU, § 756, texto en la nota 7.

(Art. 1019.) Cuando la firma en blanco ha sido robada, demostrado el delito, se anulan los actos que hayan sido su consecuencia, aunque los terceros fueren de buena fe. Nadie debe aprovechar de un delito. Sin embargo, cuando á consecuencia de la firma en blanco se hiciere un negocio con terceros de buena fe, que hubieren recibido y consumido las cosas entregadas, ¿estarían obligados á restituirlas? Opino por la negativa, porque no existen las cosas sobre que se puede ejercer la reivindicación, como en las muebles. Los casos serán muy raros, pero posibles, y basta para justificar una investigación. Supongamos robada la firma en blanco de un comerciante ausente, se escribe una orden por 100 pipas de vino que se entregan á la presentación, el que las ha comprado las consume, y se descubre y prueba el delito. ¿Deberá devolverlas el comprador de buena fe que pagó el precio? No, respondemos, porque se trata de cosas consumidas de buena fe, que han desaparecido, y sobre las que ninguna acción puede deducirse; si existieran y pudiera demostrarse su identidad entre muchas otras, la reivindicación se ejercería legítimamente. Es necesario fijarse que la relación de derecho del dueño de la cosa, no es con el tercer adquirente, sino en cuanto es poseedor de la cosa; una vez que ésta ha desaparecido, esa relación cesa, y nada puede demandarle, son completamente extraños.—Véase las notas á los arts. 738 y 1055. AUBRY y RAU, § 756, texto á la nota 7.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1018.—Toullier, lugar citado.—Aubry y Rau, lugar citado.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1019.—Toullier, VIII, nº 265.—Aubry y Rau, § 756.—El abuso cometido con la firma en blanco por otra persona que aquella á quien se ha confiado el acto, no constituye un simple delito de abuso de confianza, sino un delito de falsedad, cuyas consecuencias no debe soportar



las disposiciones de los dos artículos anteriores no se aplican al caso en que el papel que contenga la firma en blanco hubiese sido fraudulentamente sustraído á la persona á quien se hubiese confiado, y llenándose por un tercero contra la voluntad de ella. La prueba de la sustracción y del abuso de la firma en blanco, puede ser hecha por testigos. Las convenciones hechas con terceros por el portador del acto no pueden oponerse al signatario, aunque los terceros hubiesen procedido de buena fe; porque las consecuencias de un delito ó de un acto ilícito no pueden dañar sino al que lo cometió, sin tener el poder para obligar á la víctima; sucede lo mismo que en la enajenación de las cosas robadas, recobrándas por el dueño.

Para los actos bajo firma privada no hay forma alguna especial. Las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes (art. 1020), sin nece-

(**Art. 1020.**) Cuando se dice: no hay forma especial, es porque se deja á los interesados el hacerlo como lo crean mejor; no hay necesidad de fecha, ni de lugar, puede extenderse en cualquier idioma ó dialecto, siempre que sea inteligible. En general, debe ser en caracteres alfabéticos; pero valdrían si fuera escrito en caracteres ideográficos, como, p. e., en los de lengua china.

El art. 3641 exige que el testamento sea escrito en caracteres alfabéticos, no reconociendo los hechos de otra manera; pero como se debe conciliar con la última parte que permite escribirse en cualquier idioma, debemos aceptarlo si fuese en aquel que usara caracteres ideográficos. En cuanto á las palabras corregidas, interlineadas ó borradas, no salvadas al final, aunque sea en parte principal, no anularán necesariamente el documento, como sucede en los instrumentos públicos; serán cuestiones de hecho. Si hubiere varios ejemplares del mismo documento, se verá si las palabras corregidas, borradas ó interlineadas se encuentran conformes con esos documentos; entonces valdrán,

el signatario en blanco, pues ese crimen no es el resultado de un mandato que él hubiese dado al que lo ha cometido.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1019. —Tratándose de tentativa de estafa, la declaración del culpable de la falsificación de documentos privados, no basta para demostrar que los demás obrasen de mala fe, por conocer la falsificación verificada para efectuar el delito.—Jur. Crim.. III, 79, Sér. 2°.

sidad de fecharlos ó de expresar el lugar donde se otorgan, y pueden tener borraduras, enmiendas ó palabras entre líneas sin salvarlas al final, y valdrán si se encuentran en los demás ejemplares, ó si se probase haber sido hechas por los otorgantes.

§ 300.—DEL NÚMERO DE ORIGINALES

La teoría del derecho moderno al exigir que todos *los actos que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto (art. 1021)*, se funda en un principio de igualdad, pro-

siendo nulo en caso contrario. Se verá igualmente, para resolver si las palabras corregidas ó interlineadas son de la misma mano ó de una extraña.—Comp. AUBRY y RAU, § 756, texto en la nota 11. DEMOLOMBE, XXIX, n° 366, y nuestro art. 3641.

(**Art. 1021.**) El artículo habla de convenciones perfectamente bilaterales, sin determinar en parte alguna del Código si hay convenciones imperfectas, porque el art. 1138 sólo define en general el contrato bilateral. Debemos ocurrir á la doctrina, y como tal tomamos la nota del Dr. Velez Sarsfield, art. 3257, en que hablando del contrato de anticresis sostiene que no es perfectamente bilateral, porque como convención accesoria establecida en seguridad del acreedor, éste puede renunciarla entregando la cosa. Se entiende pues, por convenciones perfectamente bilaterales, la venta, la locación, la transacción, la sociedad, la partición, en que las partes se obligan reciprocamente las unas hacia las otras, y se distinguen en que la una viene á servir de causa de la otra reciprocamente. En la venta, la obligación de entregar la cosa es tan principal como la de pagar el precio, y la causa de la obligación del vendedor la encontramos en el comprador que debe entregar el precio, y la de éste á su vez en la de adquirir la cosa. *Imperfectas* son aquellas en que si bien las partes se obligan reciprocamente, no hay en realidad sino una obligada de un modo principal, mientras la otra contrae sólo una obligación eventual, cuya existencia es la consecuencia de la obligación principal. En la anticresis la entrega del inmueble es una consecuencia de la deuda, y aunque el acreedor se ha obligado á tomarla y gozar de sus frutos, puede renunciar á la garantía.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1020—Zachariæ, § 590, nota 4.





porcionando á cada uno de los interesados los medios de compe-
lirse al cumplimiento de lo pactado; pero no se debe confun-

La obligación de redactar tantos originales como partes tengan interés, no comprende, pues, á los actos unilaterales, como el préstamo, el mandato, la fianza y otros semejantes, si no hay estipulación expresa; así, cuando en un contrato unilateral se comprendieran obligaciones que la otra parte debe cumplir, se le deberá dar el carácter de bilateral, porque cada uno debe tener en su mano la facultad de hacer cumplir lo prometido á la otra. Esta es la razón fundamental por que se exigen tantos originales como partes interesadas hubiera, y se anula el instrumento en caso contrario. La fianza como contrato unilateral puede estar sujeta á las condiciones de los contratos bilaterales perfectos, cuando se afianza con la condición de hacer una reducción en la de deuda afianzada; si se hiciera un solo ejemplar que se entregara al acreedor, éste podría á su voluntad usar de la fianza ó renunciar á ella, según los casos; del mismo modo sucedería si le fuere entregado al fiador; debe haber dos ejemplares so pena de no producir efecto. El reconocimiento de una deuda anterior está sometido á la misma regla, si se hiciera novación.

El artículo dice: «habrá tantos originales como partes con un interés distinto»; pero no pide que el número de ejemplares sea igual al de las partes que intervienen. El Cód. Francés, art. 1325, es más claro al decir: «basta un solo original para todas las personas que tengan el mismo interés»; así, cuando por una parte los obligados mancomunada ó solidariamente son varios, y por la otra uno ó varios también, bastarán dos originales; pero si son varios interesados con un interés distinto, entonces habrá tantos originales como personas. Los co-obligados solidarios ó mancomunados, ó los asociados que se obligan por una parte, deben ser considerados como formando una sola persona y tienen el mismo interés, bastándoles un solo original; pero no sucederá lo mismo, cuando varios en un solo acto vendan cosas diferentes y separadas por un precio cada cosa: entonces hay interés distinto y cada parte debe tener un original. Si se estipuló que habría tantos originales como personas, el contrato valdría aunque no se realizara la condición, si existieren los ejemplares correspondientes á los intereses distintos de los que figuran en el acto. Habrá sólo dos personas cuando de una parte se obligan varias á vender una cosa, á varios que la compran. El Cód. Argentino no exige, como el Francés, que cada uno de los originales deba contener (so pena de nulidad) la mención del



dir el vínculo que nace de todo contrato con la prueba de su existencia, que puede estar sometida á formas especiales.

número de los otorgados; sin embargo, la eficacia de esta disposición se nota á primera vista; en efecto, el demandado que se resiste á cumplir lo convenido, destruiría su ejemplar, y como no hay constancia de haberse otorgado otro, el acto se anularía, porque no hay sino un original, pero no resultará semejante cosa ante [el art. 1023, que salva la dificultad. Aubry y Rau, § 756, texto n° 1 y nota 13 en una larga y bien fundada nota examinan la cuestión y critican la redacción del art. 1325 (que el Argentino ha copiado), observando que se ha confundido la validez de la convención con la fuerza probatoria del acto. Son de esta opinión Merlin, *Rep.* V°, *Doble escrito*, n° 8, Marcadé, al art. 1347, n° 5. Demolombe trata de demostrar que el artículo del Código Francés se funda en una presunción que los autores han consagrado, y que la omisión de la formalidad de los dobles originales lleva consigo la nulidad del instrumento y de la convención misma, lo que es un error, como lo demuestran Aubry y Rau. El Código Argentino ha modificado esta doctrina, pues el art. 1023 declara que el defecto de los diversos ejemplares no anula la convención, si por otras pruebas se demuestra la conclusión definitiva del acto. Esto es separar claramente la prueba del acto jurídico, de la eficacia y validez del mismo; porque si una de las partes, confiándose en la buena fe de la otra, no le ha exigido la prueba escrita, está en el mismo caso del que presta diez mil pesos sin documento, él tiene la culpa si no puede demostrar el préstamo. Sería una injusticia anular un acto perfectamente concluido y válido, porque haya un solo ejemplar, si no se demuestra que ha sido un mero proyecto.—Comp. TOULLIER, IV, n° 322. BONNIER, II, n° 689. COLMET DE SANTERRE, V, n° 288, *bis*, X. LAROMBIÈRE, IV, n° 38 al art. 1325 y nuestro art. 1138.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1021.—Zachariæ, lugar citado, nota 10.—Bonnier, n° 561 y siguientes.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1021.—Es nula la convención sobre locación redactada en un sólo ejemplar, si no se demuestra por otras pruebas que el acto ha sido concluido de una manera definitiva.—IL, 516.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1021.—Siempre que se justifique que el contrato tuvo un principio de ejecución, no procede la nulidad del contrato bilateral por haberse omitido el número de los ejemplares que la ley exige para su validez.—Jur. Civ., VI, 15, Sér. 3ª, y Jur. Civ., II, 19.

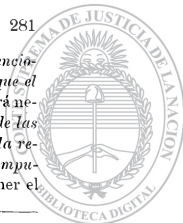
Cuando por el contrato sólo una de las partes se obliga, basta la redacción y firma de un sólo ejemplar.—Jur. Civ., I, 204, Sér. 4ª.



Hay contrato, cuando dos ó más partes se han puesto de acuerdo sobre una cosa para reglar sus derechos; pero en nada altera la naturaleza del acto jurídico en sí, el que ese contrato deba probarse en una forma especial y no lo fuere; porque si las partes lo ejecutaren ó lo reconocieren judicialmente tendría valor; por eso dice el (art. 1023): *el defecto de redacción en diversos ejemplar-*

(Art. 1023.) Este artículo es una excepción del 1021. Se distingue la prueba del acto, de la existencia del acto mismo, con la que generalmente se confunde. El Cód. Argentino ha decidido la cuestión debatida en la jurisprudencia francesa sobre este punto: el hecho de no existir tantos originales como partes hubiere con un interés distinto, no bastará para anular el acto. Las dificultades á resolver son las siguientes: ¿Puede servir de principio de prueba por escrito el único ejemplar existente? ¿Puede probarse en este caso, por testigos, la convención que pase de 200? La existencia del original, ¿establece una presunción en favor de la validez del acto? ¿A quién compete la prueba? El art. 1021, signiando la doctrina del art. 1325, Cód. Francés, se ha separado fundamentalmente en su redacción; pues no declara, como aquél, que los actos que contengan convenciones bilaterales «no son válidos» si no han sido hecho en tantos originales como partes hubiere con un interés distinto; dice únicamente: «deben ser redactados en tantos originales»; ni dice que cada original deba contener la mención del número de los otorgados. Estas diferencias nos pondrían en el caso de ser muy circunspectos y severos al juzgar de la validez de los actos bilaterales constantes en un solo ejemplar; no obsta, el art. 1024 que habla de la ineficacia del acto bilateral en un solo ejemplar. El único ejemplar puede servir de principio de prueba por escrito, según los términos del artículo 1191, en los contratos que pueden hacerse por instrumento privado, y como es un documento emanado del adversario, según las palabras del art. 1192, servirá de base para demostrar la existencia de la convención. En esta parte están contestes todos los autores, menos Demolombe. Cuando la convención pasare de un valor de doscientos pesos se admitirá la prueba testimonial; porque habiéndose llenado la condición esencial del art. 1193, la prueba testimonial no versaría sobre la existencia misma del acto, pues está probada, sino sobre si ha sido un acto serio y definitivamente concluido, ó sólo un proyecto de contrato. El instrumento público anulado, no vale como tal, pero puede servir como instrumento privado. El que exhibe el único original ó exige el cumplimiento del contrato, ¿debe probar que el

res, en los actos perfectamente bilaterales, no anula las convenciones contenidas en ellos, si por otras pruebas se demuestra que el acto fué concluido de una manera definitiva; pero ni aun será necesaria de la prueba ni de dobles originales, cuando una de las partes, antes de la redacción del acto, ó en el momento de la redacción, llenare cumplidamente la obligación que el acto le impusiere (art. 1022); porque cesa la razón de la ley al imponer el



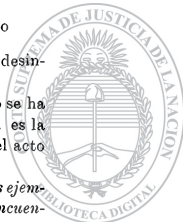
acto no ha sido un proyecto? ¿Bastará á la contraparte negarse á ejecutarlo, alegando que no se ha cumplido la ley? Así lo creo, y de las palabras del artículo se desprende esta conclusión: «no se anula, si por otras pruebas se demuestra que el acto fué concluido de una manera definitiva». Es necesario fijarse en la redacción del artículo, cuando dice: «el defecto de redacción en diversos ejemplares no anula las convenciones»; expresando así, que el acto es válido mientras se pueda demostrar que fué concluido de una manera definitiva; necesita ser atacado, y por consiguiente, el acto es anulable y no nulo, como algunos lo han creído; si fuera nulo, el acto no existiría. —Comp. AUBRY y RAT, § 756, texto, n° 1, letra d. —Comp. MERLIN, *Rep.* 1°, cit. n° 8. BONNIER, II, n° 685, y MARCADÉ, al art. 1325.

(Art. 1022.) El artículo anterior tiene varias excepciones. Cuando el acto privado prueba la entrega de la cosa, si sólo se debe el precio, es inútil otro ejemplar que el del acreedor; pero no por eso el acto se convierte en unilateral, como algunos lo enseñan, pues conservando su carácter bilateral sólo queda por cumplirse una de las obligaciones; en cuanto á las demás consecuencias, seguirá siendo bilateral. Esto mismo se aplica cuando la cosa ú obligación fué entregada ó cumplida al realizar el acto; pero si el vendedor al entregar la cosa se reservó algún derecho, deberá tener un ejemplar, pues no podría exigir lo

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1023.—Marcadé, sobre el art. 1325.—Zachariæ, § 590.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1023.—No constituyen las pruebas que requiere el art. 1023 del Cód. Civil, el reconocimiento de la firma puesta en el ejemplar único del contrato de locación, ni el resultar de éste el pago á cuenta, de alquileres futuros de una suma que no alcanza á una mensualidad de as que se pretenden estipuladas.—LL, 516.

El defecto de diversos ejemplares, no anula el contrato bilateral, si por otro documento consta que el propietario recibió el precio del alquiler estipulado en él.—XXXIV, 114.



doble original, desde que una de las partes se encuentra desinteresada por la ejecución.

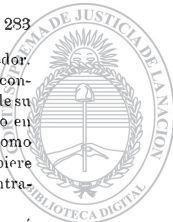
Lo que la ley niega al acto bajo firma privada, que no se ha extendido en el número de ejemplares correspondiente, es la fuerza probatoria completa, y autoriza á demostrar que el acto ha sido serio y concluido.

Cuando el instrumento privado se hubiese hecho en varios ejemplares, no es necesario que la firma de todas las partes se encuentre en cada uno de los originales: basta que cada uno de éstos, que esté en poder de una de las partes, lleve la firma de la otra (art. 1013), cuando son dos, pero si fueren varias, bastará que

convenido. Otra de las excepciones al principio consignado es el artículo 987, cuando se anulare el instrumento público y sirviera como privado, porque las partes no han podido suponer esa anulación y hacer los ejemplares necesarios; es semejante al del art. 1025, que estando en el protocolo del escribano, se entenderá que las partes han tenido la intención de depositarlo en su poder.—Véase AUBRY y RAU, § 756, texto, letra a, al fin. DEMOLOMBE, XXIX, n° 399.

(Art. 1013.) Es lo que sucede generalmente en los contratos bilaterales; pero puede ocurrir en las obligaciones mancomunadas, donde se dé á cada acreedor un ejemplar; en ese caso la obligación no se anulará, porque alguno de esos ejemplares no estuvieren firmados, si constare en los demás. Si son varios deudores los que se obligan, todos deben firmar el documento. Cuando en el cuerpo del instrumento figurasen por una parte varias personas y por la otra también más de una, para que sea válido, debe ser firmado por todos los que intervinieron. Si el art. 988 exigió esta formalidad y anuló el acto, con más razón debe declararse nulo el privado, salvo el caso del art. 1023. En cuanto al lugar y tiempo en que se hicieron los demás ejemplares, no importa para la validez del acto, pueden otorgarse simultáneamente ó después, así como hacerse en diversos lugares. Si los nuevos ejemplares ó duplicados contuviesen algunas palabras diferentes, que no fueran en parte sustancial, no alteraría su validez. En general, serán cuestiones de hecho que se resolverán en presencia de los documentos y de las pruebas, cuando se tratare de diferencias esenciales entre uno y otro original. El original que constituye el título en favor de la per-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1022.—Zachariæ, § 590, nota 6.—Tropolong, Venta, n° 114.—Marcadé, sobre el art. 1325.



el de cada uno tenga la firma de los demás, menos la del tenedor.

La regla del número de originales sólo se aplica á las convenciones perfectamente bilaterales; es decir, á las que desde su origen producen en las partes obligaciones recíprocas, como en la compra-venta, locación, etc.; mientras las imperfectas, como en el depósito, mandato, etc., no son necesarios, aunque se hubiere estipulado un precio, y con menos razón regirá para los contratos unilaterales ó simples reconocimientos.

El interés distinto de las partes que intervienen se refiere á las obligaciones contraídas por los contratantes.

Se ha dicho que la falta de redacción en diversos originales no anula el acto, si se puede demostrar que fué definitivamente concluido; pero no hay necesidad de prueba, y *la ineficacia de un acto bilateral por estar hecho en un solo ejemplar, se cubre por la ejecución ulterior, sea total ó parcial, de las convenciones que contenga; pero si la convención no hubiese sido ejecutada sino por una de las partes, sin que la otra hubiese concurrido ó participado en la ejecución, el vicio del acto subsistirá respecto de esta parte (art. 1024)*; así es que será necesario un acto común de los

sona es el que debe estar firmado por el otro que se obliga, y no necesita la firma del tenedor. El propósito de la ley se cumple, con tal que cada documento esté firmado por la parte que debe hacer constar la obligación. Es indiferente que un original lleve testigos y sea en papel sellado, y el otro no los lleve y sea en papel simple.—Comp. AUBRY y RAU, § 756, texto n° 1, letra c. LAROMBIÈRE, IV, n° 35 al art. 1325. DEMOLOMBE, XXIX, n° 413, y FREITAS, art. 744.

(Art. 1024.) La *ineficacia* equivale á la *anulación* del acto bilateral, y ésta desaparece por la ejecución del hecho. Cuando la ejecución es parcial no podrá alegar la nulidad el que lo cumplió en parte, ni negarse á ejecutar lo restante, á menos de demostrar que lo hizo por error de hecho. Cuando por una parte se obligaron varios á ejecutar un acto, que cualquiera de los obligados puede cumplir, hecho por uno de ellos, se reputará cumplido para los demás. «Con frecuencia dicen (Aubry y Rau, § 756, nota 41) los hechos de ejecución de una convención sinalagmática son comunes á las dos partes, en aquello en que una de ellas recibe ó que la otra paga ó entrega;

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1013.—Merlin, *Rep. Verb. Double écrit*, n° 6.—Toullier, VIII, n° 344.—Zachariæ, § 590.



interesados para que se considere confirmado; pero la ejecución parcial bastará, como si el comprador entrega parte del precio y el vendedor lo recibe.

cuando esto sucede, la convención debe considerarse como ejecutada por las dos partes.» El artículo se refiere á este caso, y si uno de los contratantes ha cumplido por su parte el contrato debe hacerse esta distinción: si la otra parte ha concurrido ó participado de la ejecución, se tiene por confirmado, y puede á su vez ser obligado á ejecutar el contrato; si, por el contrario, uno de los interesados cumple por su parte sin participación alguna de la otra, como si el comprador consigna judicialmente el precio, el vendedor que no ha intervenido en la ejecución puede alegar la nulidad por existir un solo original del contrato. La falta de número de ejemplares no impide que la convención subsista, demostrando que el acto fué concluido de una manera definitiva. Si el contrato se hubiere cumplido en parte en el instante de la ejecución, haciéndose constar esa circunstancia, ¿valdría como ejecución posterior, según los términos de este artículo? Aubry y Rau, l. c., de donde fué tomado nuestro artículo, sostienen lo contrario, fundándose en la resolución de la Corte de Bruselas (Diciembre 2 de 1807). El art. 1022 hace excepción al doble original, cuando en el momento de la redacción del acto una de las partes llenara completamente las obligaciones que le impone, lo que quiere decir que en caso contrario, debe existir el doble original. La misma Corte de Bruselas. reaccionando en parte contra lo juzgado, en una sentencia de 9 de Enero de 1813, sentó este principio: «si el acto no hecho en doble original, no basta para probar la existencia del contrato que él contiene, no por eso deja de existir la obligación resultante, si es confesado ó probado por otros medios.» Así, en un contrato de venta hecho en un solo original, si he pagado parte del precio en el mismo acto, ese contrato se reputará válido, si se prueba el pago. La ejecución posterior, aunque sea parcial, interviniendo ambos contratantes, importa una ratificación del contrato. Para borrar el vicio de la falta del doble original, es necesario que posteriormente haya hechos comunes á ambos contratantes ejecutando la convención, aunque sea parcialmente. Los autores franceses están en contra de esta conclusión.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1024.—La prueba resultante de un instrumento privado debidamente reconocido en juicio, es indivisible.—Jur. Civ., XV, 24, Sér. 4°.

La prueba resultante del reconocimiento de un instrumento privado, es indivisible.—Jur. Civ., IX, 105, Sér. 2°.

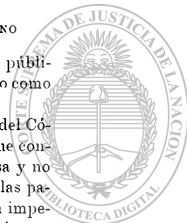


No habrá vicio por falta de ejemplares, cuando se hace el depósito del acto bilateral que sólo esté redactado en un ejemplar en poder de un escribano ó de otra persona, encargada de conservarlo, efectuado de común acuerdo por ambas partes. Si el depósito no hubiese sido hecho sino por una parte, la irregularidad no será cubierta sino respecto de ella (art. 1025), y no podrá alegarla, pero la otra parte podría hacerlo, siendo á cargo del deponente la prueba de que el acto fué concluido. La notificación judicial del depósito del único original, no bastará para privar á la otra parte del derecho de alegar la irregularidad.

§ 301.—FUERZA PROBATORIA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

Con relación á la prueba, el documento privado es meramente un principio de prueba escrita, que no tiene valor. sino

(Art. 1025.) El depósito del único ejemplar, hecho en mano de un escribano ó de una tercera persona, no aumenta autenticidad al documento, que permanece el mismo; pone sólo en igualdad de condiciones á los contratantes, y ambos ejercerán los derechos acordados; ese acto posterior, el depósito, se puede tomar como un principio de ejecución. Cuando alguno de ellos negase haber consentido en el depósito, el que afirma debe demostrar el hecho, por toda clase de pruebas. Si los contratantes por una y otra parte son varios, el depósito hecho con consentimiento de algunos no obligará á los otros, que podrán alegar el vicio de la falta de originales, á menos de ser deudores ó acreedores solidarios. Cuando el depósito fué hecho por una de las partes, la ley no distingue si se hizo como un principio de ejecución de la convención, ó si lo fué en su interés personal con el propósito de conservarlo, rechazando la distinción de los jurisconsultos franceses. El hecho de depositar el único original en poder de un tercero, importa ratificar por su parte el acto mismo y privarse de alegar el vicio, doctrina más jurídica que la que nos lanza en la incertidumbre y la duda. Cuando una de las partes hubiese depositado de su propia voluntad el único original en poder de la otra, confesando el hecho, no puede alegar la falta de otro original; porque si la ley exige el depósito en poder de un tercero para purgar el vicio, el depósito posterior del que tenía el solo ejemplar equivale á una ratificación, y creo con Larombière que se debe distinguir, entre el acto y la convención, el



cuando ha sido reconocido en juicio ó ante un escribano público, ó que el Juez en juicio contradictorio lo haya declarado como emanado del firmante.

El Código Civil Argentino se ha separado, sin razón, del Código francés, que exige para los documentos privados que contengan una obligación de pagar ó de entregar una cosa y no fueren escritos por el mismo obligado, el aditamento de las palabras: *bon pour* ó *approuvé* escritos por el firmante para impedir se puedan servir de firmas en blanco. Es una garantía que ha debido buscarse.

Por nuestra legislación, *el instrumento privado reconocido judicialmente por la parte á quien se opone, ó declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores (art. 1026)*; así, el

medio de prueba y el vínculo de derecho. El depositario está obligado bajo la fe del depósito á comunicar á la otra parte (deponente) el documento depositado. La ley busca en la entrega del único original un acto posterior, sea emanado de ambas partes ó de una sola, que importe una ratificación de la convención, y ese acto lo encuentra, cuando ambos hacen el depósito, ó sólo respecto del que lo hizo en su interés, desechando la distinción de los autores franceses.—Comp. AUBRY y RAU, § 756, nota 43. DEMOLOMBE, XXIX, n° 442 y sig. LAROMBIÈRE, IV, n° 42, art. 1325.

(**Art. 1026.**) La ley se refiere, no sólo á la autenticidad del acto reconocido, sino también á la fuerza obligatoria que tiene con relación al que lo reconoció y á sus sucesores. El artículo no confiere esa autenticidad contra los terceros que no han intervenido; sin embargo, como en este caso está equiparado á los instrumentos públicos, todos los autores le señalan ese efecto desde el momento del reconocimiento, en lo que no estoy conforme. Si la fecha cierta de un instrumento privado con relación á terceros es la de su presentación en cualquiera oficina pública (art. 1035, n° 1), no hay razón de esperar al reconocimiento para darle fuerza respecto de la fecha; pero como su contenido no hace fe sino después de reconocido, tendríamos que el instrumento privado tiene fecha cierta desde su presentación en juicio, y respecto

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1025.—Aubry y Rau, § 756.—Zachariæ, § 590, nota 14.



que presenta un documento simple, afirma un hecho que debe probar en caso de negativa; pero á diferencia de las otras afir-

de su contenido, desde el reconocimiento; conclusión que no es jurídica. El reconocimiento debe darle fuerza desde la presentación en juicio, pues desde entonces existe en el tribunal ú oficina donde fué exhibido; si dos ó tres meses después se reconóce, debe hacer fe para los terceros desde la fecha de la presentación en cuanto á la verdad de su contenido; en el mismo caso estaría el documento protocolizado, y aun el inserto y reconocido en un instrumento público, salvo el derecho de atacarlo como falso.

Se debe distinguir la autenticidad del acto; es decir, su fuerza probatoria, de la fuerza obligatoria que tiene sólo respecto de las partes ó sus herederos. El documento privado se da por reconocido, cuando citado el firmamento ó firmantes por el juez para reconocerlo no comparece; entonces para atacar el documento es necesario probar su falsedad, mientras antes pudo limitarse á desconocerlo, debiendo probar su verdad el que lo presentaba. Los herederos de los firmantes del documento reconocido, ¿pueden atacarlo como falso? Es evidente la afirmativa, pues los mismos instrumentos públicos pueden serlo. ¿Pero podrán hacerlo alegando que el acto fué antedatado ó hecho después de la fecha que indica? Así lo creo, pero sólo sería admisible la prueba escrita.—Comp. DEMOLOMBE, XXIX, n° 381 y sig. LAROMBIÈRE, IV, n° 5 al art. 1322.

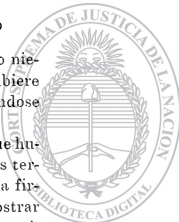
Cuando el artículo habla de sucesores comprende sólo á los universales y no á los por título particular, porque éstos no pueden ser perjudicados por actos ocultos para ellos. Así, la venta de una cosa hecha por A., que había firmado un documento privado vendiendo el mismo objeto á B., en nada le perjudica á C., adquirente y sucesor particular, aunque el documento sea reconocido y tenga la fecha que indique como anterior á la compra hecha. BONNIER, II, n° 700.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1026.—L. 119, Tít. 18, Part. 3°.—L. 4, Tít. 28, Lib. 11, Nov. Rec.—Bonnier, n° 567, aun respecto de terceros.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1026.—El instrumento privado reconocido judicialmente tiene el mismo valor que el instrumento público, entre los que lo han suscripto y sus sucesores.—LV, 372.

Los instrumentos privados debidamente reconocidos, tienen para los que los han suscrito el mismo valor que un instrumento público, y llevan aparejada ejecución.—XV, 443.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1026.—El instrumento privado declarado auténtico, en virtud de sentencia consentida, queda



maciones, basta que el firmante á quien se le oponga no lo niegue ó desconozca para que se tenga por reconocido. Si hubiere negativa deberá procederse al examen pericial, admitiéndose toda clase de pruebas.

Reconocido el instrumento privado, hace fe para los que hubieren intervenido en él y sus sucesores, así como para los terceros; pero un documento cancelado ó borrado ó testada la firma ó la parte sustancial, no puede ser opuesto para demostrar la deuda del suscriptor, ni menos podrá pedirse su reconocimiento.

Una vez reconocido un instrumento, *la prueba que resulta de su reconocimiento es indivisible y tiene la misma fuerza contra aquellos que los reconocen, que contra aquellos que los presentaren (art. 1029)*, y por esa razón es que *el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede*

(Art. 1029.) Este artículo viene también á reformar la legislación anterior al Código, que permitía hacer las reservas de que sólo se aceptaba lo favorable y rechazaba lo adverso. Siendo la prueba indivisible, el documento demuestra lo afirmado en él, tanto para el que lo firmó como para el que lo presenta. Pero si contuviera raspaduras, palabras entre líneas ó borradas en parte sospechosa y principal, si fuera de diversa letra y se alegare por el firmante su corrección, los jueces no deben aplicar el principio de que reconocida la firma queda reconocida la parte principal del escrito, aun más, están autorizados en estos casos para consignar en el reconocimiento de la firma la declaración que hicieran los firmantes con relación á las enmiendas, borraduras ó palabras entre líneas. Corresponde á la ley de forma el determinar el procedimiento en estos casos, porque son cuestiones de hecho que deben resolverse según las circunstancias. La prueba de que las enmiendas, borraduras, etc., fueron hechas con consentimiento del

elevado á instrumento público, aun cuando la sentencia no lo declare expresamente.—Jur. Com., I, 277, Sér. 2°.

La modificación del contrato de compra-venta con pacto de retroventa, permitiendo que el vendedor lleve á cabo actos de propietario después del vencimiento del término, transforma el contrato y permite al deudor hacer uso del derecho de retrotraer la propiedad.—Jur. Civ., V, 55, Sér. 4°.

Los documentos privados emanados de terceros carecen de valor legal, si no se justifica la autenticidad.—Jur. Com., IX, 357, Sér. 4°.

también reconocido (art. 1028), sin perjuicio del derecho que tienen para atacarlo aquellos á quienes perjudicara.

firmante, debe ser dada por el que presenta el instrumento. Los jueces deben considerar como sospechoso todo documento que se presente en tales condiciones. Es muy dudoso que se diera por reconocido, en rebeldía del firmante, un documento de esta clase, acordándoles fuerza ejecutiva.—FREITAS, art. 759.

Cuando el documento no tuviera enmiendas, raspaduras, etc., hará prueba contra el que lo presenta; pero si contuviere obligaciones por su parte y fuera desconocido por el firmante, no tendrá valor alguno si no se demostrase la verdad de la firma. Esto no importa privarle del derecho de atacar el acto demostrando el vicio de que adoleciera á su respecto.

(**Art. 1028.**) Se trata de la fuerza probatoria, y no del acto mismo. El que presenta un instrumento privado atribuido á otro, está obligado á demostrar la verdad de su afirmación, cuando es negado; porque es una alegación pura y simple que necesita del reconocimiento ó de la prueba para tener autenticidad. Sucede precisamente lo contrario con el instrumento público, que produce fe y es necesario atacar su autenticidad.

El artículo modifica la legislación anterior que autorizaba á dividir el acto en dos partes: reconocimiento de la firma y del contenido; pudiendo reconocerse ésta y negarse aquél. El reconocimiento de la firma obliga al que lo hizo á demostrar la falsedad del contenido, ya probando que la dió en blanco para otros fines, ya que no era un acto serio, ó que por cualquiera otra causa no debiera valer. ¿Por qué se da fuerza probatoria al documento por el solo reconocimiento de la firma? Porque si tomamos la etimología de la palabra auténtico, veremos que significa un acto cuyo autor es conocido, y por eso el ejecutado ante el oficial público goza de autenticidad; la ley busca la certeza de la firma, y una vez asegurada por el solo reconocimiento queda concluida su misión, dejando á las partes el derecho para demostrar la falsedad del contenido. Freitas, art. 753, siguiendo en parte al Código Francés, hace esta diferencia capital: «si el documento privado fuese escrito y firmado por la parte, el reconocimiento de la firma es suficiente para que el cuerpo del escrito quede reconocido.» Creo un error de doctrina en el Código Argentino el haberse separado de estos principios, que consultan la verdad de los hechos. Un docu-





El reconocimiento sólo puede hacerse por el firmante capaz, ó los herederos en su caso; pero *no serán admitidos al reconocimiento los instrumentos privados, siempre que los signatarios de ellos, aunque fueran capaces al tiempo de firmarlos, no lo fuesen*

mento escrito por el mismo firmante, hace suponer legalmente que si la firma es cierta, lo es igualmente su contenido; presunción que no existe cuando el cuerpo del escrito es hecho por otro.—Véase la nota al art. 1016, y Comp. AUBRY y RAU, § 756, n° II, texto letra a. DEMOLMBE, XXIX, n° 270, y TOULLIER, VIII, n° 56, 190 y 192.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1028.—Reconocida la firma de un instrumento privado, queda también reconocido el cuerpo del documento, y tiene fuerza de instrumento público, si no se justifican las excepciones opuestas de falsedad é inhabilidad del título.—XIV, 239.

Reconocida la firma, queda también reconocido el contenido del documento.—XV, 153.

Es suficiente el reconocimiento de la firma, para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido.—LV, 372.

Faltos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1028.—Para que la prescripción sea procedente, el que la invoca debe justificar que la obligación ha sido fechada con posterioridad á la época en que fué firmada.—Jur. Civ., III, 193, Sér. 3°.

El reconocimiento de la firma de un instrumento privado, importa también el de su contenido y corresponde al firmante justificar las alteraciones ó agregaciones que alegue.—Jur. Com., IV, 548, Sér. 2°.

La prueba de que falta la causa de obligación, corresponde al deudor; la ley supone siempre su existencia.—Jur. Civ., VI, 531, Sér. 2°.

Autenticada la firma de un documento privado por fallecimiento del firmante, se considera autenticado el contenido.—Jur. Civ., III, 193, Sér. 3°.

Los testigos firmantes de un documento privado firmado á ruego, no bastan para justificar su autenticidad después del fallecimiento de aquel que resulta obligado.—Jur. Civ., III, 313, Sér. 3°.

Declarada auténtica la firma de un instrumento privado, no puede discutirse el carácter de la obligación mientras no se justifique ser el resultado de un acto ilícito.—Jur. Civ., IV, 516, Sér. 2°.

El reconocimiento de la firma de un documento privado importa el de su contenido, y en consecuencia el documento adquiere fuerza ejecutiva.—Jur. Civ., VII, 460, Sér. 1°.

El reconocimiento de un documento privado importa el de las obligaciones en él contenidas.—Jur. Civ., VIII, 506, Sér. 2°.

El reconocimiento judicial de la firma de un instrumento privado importa la de su contenido, y al que pretenda su falsedad corresponde la prueba.—Jur. Civ., VI, 531, Sér. 2°.

al tiempo del reconocimiento (art. 1027); porque siendo incapaz el firmante no puede hacer un reconocimiento de un hecho

(Art. 1027.) La materia de este artículo ha sido muy controvertida. Se ha querido impedir que el incapaz fuera víctima del engaño, haciéndole suscribir documentos privados; pero han debido exceptuarse los casos en que el documento hubiera adquirido fecha cierta antes de la incapacidad, lo que excluiría toda tentativa de engaño. El Código se ha decidido por el principio contrario del adoptado por la jurisprudencia francesa. En derecho francés existe la presunción en favor del título, y se admite que los documentos privados subscriptos por individuos incapaces puedan oponerse á éstos y á sus herederos, cuando llevan una fecha anterior á la incapacidad, aunque no haya adquirido fecha cierta sino después de esa incapacidad. Y creo razonable y fundada en la justicia tal conclusión; porque no basta la incapacidad del firmante, para dejar sin efecto la presunción, pues si hay peligro en que sea antedatado, para eso está la prueba que puede darse por testigos y para demostrar que el documento fué hecho después de la incapacidad. La doctrina sostenida por el Código argentino lleva á establecer una presunción contraria á la fecha del instrumento, declarándolo implícitamente antedatado por el solo hecho de haber caído en incapacidad el que lo suscribió; se ha querido defender de tal manera al incapaz, que se ha ido hasta la injusticia. Creo que debe reformarse este artículo en el sentido de la jurisprudencia francesa, facilitando la prueba de la antedata. La incapacidad es la que coloca á la persona bajo la potestad de otra, ó que le priva del ejercicio de sus derechos, como en el caso de condena á presidio.

Cuando se habla del incapaz se comprende al declarado tal en juicio, de modo que el reconocimiento de un documento, practicado por un demente no declarado, será válido, mientras no se demuestre que lo estuvo en el acto de realizarlo; por el contrario, si estaba declarado incapaz, el acto será nulo, aunque se pruebe haberlo hecho en un momento lúcido.

En cuanto á la mujer que firmó un documento siendo soltera, puede reconocerlo en juicio, aun contra la voluntad de su marido, porque es un acto personal de ella y el marido no podrá desconocerlo.

El fallido está habilitado para reconocer los documentos que firmó, y ese reconocimiento se supone hecho si no los niega cuando se presentan en su concurso. Y sería una novedad el arrebatarle una facultad, que es á la vez su defensa, cuando los desconoce.

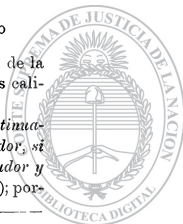


que se le atribuye; así es que se demostrará la verdad de la firma por testigos ó por el cotejo ó por reconocimientos caligráficos.

Las notas escritas por el acreedor en el margen ó á continuación de un instrumento privado, existente en poder del deudor, si estuviesen firmadas por él, probarán para desobligar al deudor y nunca para establecer una obligación adicional (art. 1030); por-

El artículo se refiere, pues, no á los que no pueden comparecer en juicio, sino á los que no tienen el discernimiento y voluntad para practicar un acto judicial. Cuando el citado para el reconocimiento estuviera ausente del lugar donde debe practicarlo, Freitas, art. 752, declara que no es admisible el reconocimiento presumido por la ley en rebeldía del firmante; nuestro Código de procedimientos prevé el caso, ordenando se le cite por edictos; pero si ha sido citado en persona, y se ha ausentado, puede dársele por reconocido. Si la parte no fué citada en persona y demostrase que estuvo ausente cuando se le hizo la citación, puede ser admitido á reconocer el documento, dejando sin efecto el que se hizo en su rebeldía. Es materia que responde á las leyes de forma.—Véase FREITAS, art. 751.

(**Art. 1030.**) El artículo ha querido salvar sin duda la justa crítica que todos los autores franceses hacen á la segunda parte del artículo 1332, Cód. Francés, llegando en su redacción á un resultado casi contrario; lo que prueba cuán difícil es en legislación el condensar una disposición en forma de ley. El Cód. Francés legisla dos casos: en el primero, cuando las anotaciones, para desobligar al deudor, se encuentran hechas en el documento que está en poder del acreedor, hacen fe en su contra, si están escritas por él, aunque no tengan fecha ni firma; y en la segunda parte agrega: lo mismo hacen fe las anotaciones puestas por el acreedor al dorso, al margen ó á continuación del *doble original*, ó de un recibo, con tal que este original ó el recibo estén en poder del deudor. El Cód. Argentino ha dejado el primer caso, que es el más importante, tomando el segundo, é indicando que debe ser escrito en el original que tenga el deudor, sin decir que es en el caso de dobles originales; de otro modo no se puede suponer que el documento probatorio esté en poder del deudor, pues por el mero hecho de tenerlo, sin anotación alguna, se presumiría la remisión, art. 878. Se trata, pues, de un doble original y entonces exige: 1º, que la anotación al margen ó á continuación (debe comprenderse también la que se hicie-





que es una forma de cancelación, siempre que el documento debiera estar en poder del acreedor y lo tuviera el deudor, ó cuando las notas fueren escritas en el documento que corresponde al deudor.

re al dorso) sea hecha por el mismo acreedor, ó por su mandatario legal; 2º, que la anotación sea firmada por el acreedor ó su mandatario, pues no bastará que sea de su letra; esa anotación no necesita fecha; 3º, que el original donde se haga sea el que posee el deudor, pues si fuera en el del acreedor, no valdría. Aunque el artículo nada dice con relación á la anotación cancelada, se debe entender que no tiene fuerza alguna, suponiéndola puesta por el acreedor en la acreencia de haberse cumplido la obligación. No se ha legislado el caso más frecuente; cuando el acreedor presentare el documento con anotaciones de su mano y firmadas por él donde reconociera haber recibido el todo ó parte de la acreencia; no podríamos condenarlo por esa anotación, á aceptar lo que ella dice, si negara que el hecho ha tenido lugar; pero serviría de principio de prueba por escrito, para que el deudor demostrase que la anotación responde á hechos reales. El artículo es defectuoso, y se ha creído que la palabra deudor era un error de imprenta, pues habria sido mejor la de acreedor, si se entendiera como lo trae Freitas, art. 769; pero á pesar de esos defectos, no puede hacerse decir lo que no expresa. No puede obligarse al acreedor á demostrar que el documento en su poder, que dice: pagado ó cancelado no le ha sido, pues la prueba negativa no es posible generalmente; por otra parte ha podido hacer esas anotaciones en la creencia de que se le pagaría. No se debe confundir con la remisión de los arts. 878 y 879, pues entonces basta que el documento escrito esté en poder del deudor para que la remisión se presuma y la nota puesta en el documento suponga el pago, lo que puede demostrar, si no quiere aceptar la remisión. La única explicación es referir las anotaciones á un ejemplar doble en poder del deudor, pues el documento original único debe tenerlo siempre el acreedor y no el deudor.—Comp. ALBRY y RAC, § 758, nota 19. LAROMBIÈRE, IV, al art. 1332. DEMOLOMBE, XXIX, nº 652 y sig.

Goyena, en el art. 1212, dice: «La nota escrita ó firmada por el acreedor á continuación, al margen ó al dorso de una escritura que *siempre haya existido* en su poder, hace fe en todo lo que sea favorable al deudor. Lo mismo se entenderá en la nota escrita ó firmada por el acreedor al dorso, al margen ó á continuación *del duplicado* de



Como los documentos privados no hacen fe sino después del reconocimiento, de ahí nace la consecuencia de que, *todo aquel contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, está obligado á declarar si la firma es ó no suya (art. 1031)*, y no tiene tal obligación, si no estuviere firmado, aunque fuera de su puño y letra, á menos que no se presentara como parte de prueba en juicio y la pregunta fuera una *posición*

un instrumento ó recibo con tal que este duplicado se *halle en poder del deudor.*» El artículo debe ser entendido en el sentido de la última parte. ¶

(**Art. 1031.**) El reconocimiento puede ser *principal* ó *incidente*, si es objeto directo del procedimiento, como si se prepara la vía ejecutiva, ó puede exhibirse el documento privado en el juicio ordinario; en ambos casos el reconocimiento debe ser categórico, y la parte no puede valerse de subterfugios para no hacerlo, pues el juez lo dará por reconocido. Si no estuviere firmado de la manera indicada en el art. 1012, la parte citada puede negarse á reconocerlo. El reconocimiento del documento privado no puede pedirse, como principal, sino cuando la deuda fuere líquida y exigible, y una vez reconocida traiga aparejada ejecución; en cualquier otro caso se deberá hacer como incidente en juicio ordinario, art. 465, Cód. Proc. El Código Francés, art. 1324, legisla el caso, cuando la parte niegue la firma, y el nuestro lo hace en el art. 1033; sin embargo, es materia de la ley de forma.—Comp. art. 1323 Cód. FRANCÉS. AUBRY y RAU, § 756, n° 2, texto á la nota 92.

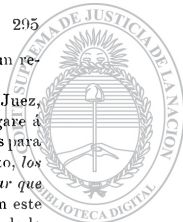
Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1030.—Las condiciones escritas en el documento privado, por el que lo presenta, no forman prueba si el ejemplar presentado por la contraparte no contiene igual anotación.—Jur. Civ., VIII, 385, Sér. 4°.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1031.—L. 119, Tít. 18, Part. 3°.—LL. 1 y 2, Tít. 9, Lib. 11, Nov. Rec.—Cód. Francés, art. 1323—Holandés, 1913—Sardo, 1429—De Luisiana, 2240.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. Aplicación al art. 1031.—Los jueces no pueden negar el pedido de reconocimiento de firma solicitada por parte legítima. Jur. Civ. II, 165.

No procede la protocolización de la copia de un documento privado.—Jur. Com., VIII, 308, Sér. 4°.

No procede darse por reconocida la firma de un documento en rebeldía del citado, si aquélla pertenece á un tercero.—Jur. Civ., XIV, 123, Sér. 4°.



de su adversario, su negativa ó su silencio equivaldría á un reconocimiento.

Si el firmante de un documento privado, llamado por el Juez, no compareciere á reconocerlo, ó si presentándose se negare á contestar, las leyes de procedimientos facultan á los Jueces para darlos por reconocidos; pero en los casos de fallecimiento, *los sucesores del que aparece firmado pueden limitarse á declarar que no saben si la firma es ó no de su autor (art. 1032)*, y en este caso, el que lo presenta procederá á demostrar la verdad de la firma por medio de testigos que la conozcan; pero *si el que aparece firmado negare su firma, ó los sucesores de él declarasen que no la conocen, se ordenará el cotejo y comparación de la letra. Pueden también admitirse otras pruebas sobre la verdad de la firma que lleva el acto (art. 1033)*. Cuando los sucesores nega-

(**Art. 1032.**) El firmante de un documento privado está obligado á reconocerlo ó negarlo; pero sus sucesores pueden decir, que no saben si es ó no de su autor, y entonces se ocurrirá á la prueba pericial cotejando la firma, con la que se encuentre en documentos auténticos, ó la de testigos que la conozcan. Los herederos pueden contestar esa prueba. Cuando el instrumento privado fuera presentado como medio de prueba, el apoderado del firmante puede reconocerlo ó desconocerlo, si está expresamente autorizado para el acto, y lo que hiciese obligará á su mandante, pero no lo eximirá de pena si se demostrase la falsedad de su afirmación. El que presenta el documento puede exigir que el reconocimiento sea personal.—Comp. art. 1323, seg. part. Cód. Francés.

(**Art. 1033.**) Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo ordenado por las provincias. Es una disposición que corresponde más

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1032.—Los artículos de los códigos extranjeros citados en el artículo anterior y L. 1, Tit. 6, Lib. 2, F. B.

Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 1032.—El desconocimiento hecho por los herederos de la obligación del causante, no importa la temeridad que la ley exige para imponer la condenación en costas al vencido.—Jur. Civ., IV, 87, Sér. 4ª.

Sólo puede exigirse el reconocimiento de la firma del socio que ha firmado la obligación.—Jur. Com., IV, 233, Sér. 4ª.

Procede la prueba pericial para el cortejo de la letra de un documento privado, aun cuando no esté firmado por la parte á quien se atribuye.—Jur. Com., V, 350, Sér. 4ª.

Los herederos demandados no tienen obligación de reconocer documentos imputados al causante.—Jur. Civ., II, 127, Sér. 5ª.

sen la firma y se demostrase la verdad de esta en juicio contradictorio, ocurriendo á la prueba caligráfica, los oponentes deberán ser condenados en las costas; pero esto corresponde á las leyes de procedimientos.

§ 302.—DE LA FECHA CIERTA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

El peligro de la antidata, en los documentos privados, se ha prevenido, no acordándosele fe para los terceros, sino desde determinadas épocas; así es que *los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros ó contra los suce-*

bien á la ley de forma. El cotejo de la firma debe hacerse con la que se encontrare en documentos auténticos firmados por el que la niega, nombrándose calígrafos, que si tuvieran título y sus conclusiones fueren asertivas, el juez estará obligado á seguirlas (art. 178, Cód. de Proc.) en la capital y provincia de Buenos Aires, en los demás casos podrá separarse de sus conclusiones. Si no hubiera documentos auténticos para hacer el cotejo, se tomarán los que emanen del demandado, ó puede ocurrirse á la prueba testimonial. En nuestra legislación, los jueces deben ordenar el cotejo, aunque su convicción personal sea contraria, porque la ley dice imperativamente: se ordenará el cotejo y comparación de la letra.—Véase Cód. Francés, art. 1324. AUBRY y RAU, § 756, texto II, letra a, y notas 92 y 93. LAROMBIÈRE, IV, al art. 1324. DEMOLOBME, XXIX, n° 372.

Freitas, art. 761, indica que la verificación se haga inquirendo de los testigos que firmaron el documento, ó por otros testigos que lo vieron escribir y firmar, ó tan sólo, en último caso, por el cotejo y comparación de letras. Creo más prudente esta clasificación de las pruebas y en la práctica debe tenerse presente.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1033.—L'. 118 y 119, Tít. 18, Part. 3°.—Cód. Francés, art. 1324.—Napolitano, 1276.—Holandés, 1914.—De Luisiana, 2241.—El Cód. Romano rechaza el cotejo de letra como medio de prueba. L. 20, Tít. 21, Lib. 4, Cód. y la Novela 73. El Cód. Francés de procedimientos, art. 323, declara que los jueces no estarán obligados á seguir el parecer de los peritos, si se convenciesen de lo contrario. Tampoco las Leyes citadas de Partida declaran que el juicio de los peritos hace una plena prueba... La comparación de letra, pues, se ordena para auxiliar el juicio del juez y para que, unido el parecer de los peritos á los demás antecedentes, el pleito pueda resolverse con más seguridad.



sores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos (art. 1034), que se considerará cierta sólo desde las épocas ó hechos determinados en el (art. 1035), que dice: *aunque se ha-*

(Art. 1034.) La fuerza probatoria del instrumento privado viene del reconocimiento, pero con efectos diferentes; para el que lo firmó y sus sucesores á título universal, tiene toda su fuerza, no sólo respecto al contenido, sino de la fecha indicada en él; para los terceros que no han intervenido en el acto, hace fe desde la fecha en que se practicó el reconocimiento. Terceros son los que no adquieren derechos ni contraen obligaciones por el acto realizado. ¿Lo serán los testigos que concurrieron á la formación del acto? No, porque si bien no adquieren derechos, tienen conocimiento del acto atestiguado. Los sucesores á título singular, como el comprador ó donatario, no pueden ser perjudicados por un acto privado de fecha anterior, pero puede oponerse cuando conocieran que la cosa estaba ofrecida á otro, art. 592; no les perjudicaría en caso contrario. El contenido y demás circunstancias del instrumento son considerados como ciertos para los terceros ó los sucesores singulares, sólo desde el reconocimiento ó desde que fué dado por reconocido judicialmente, y téngase presente lo dicho en el art. 1026: la fuerza probatoria ó la autenticidad del instrumento data de su presentación en juicio. Freitas, art. 747, agrega á las palabras reconocidas la de *verificados* y debe comprenderlas, así como la de los que fuesen dados por reconocidos.—Comp. AUBRY y RAU, § 756, texto II, letra C.

(Art. 1035.) En la jurisprudencia francesa, Toullier (VIII, n° 242), ha sido el único en sostener que las disposiciones del art. 1328 no eran limitativas, facultando á los jueces para extenderlas á casos semejantes; pero todos los autores enseñan lo contrario, y las sucesivas y uniformes resoluciones de los tribunales franceses han confirmado esta opinión. En los casos supuestos por Toullier, de pérdida de los brazos, ¿quién impediría al imposibilitado para firmar con la boca ó con los pies y reconocer el documento en perjuicio de tercero? En la ausencia declarada en juicio, puede ocultarse para hacer que los documentos posteriores á la ausencia tengan fecha de la declaración. La ley necesita la evidencia de una fecha que no pueda ser alterada por acontecimiento alguno. En el sistema adoptado por el Código Civil Argentino, no es posible sostener la teoría de Toullier, porque el presente artículo es terminante, y no hay parte alguna de donde pudiera deducirse que los casos enumerados se deban tomar como ejemplos.





lle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación á los sucesores singulares de las partes ó á terceros será:

1º *La de su exhibición en juicio ó en cualquiera repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado (art. 1035, n° 1);* ó se hubiere dejado copia testimoniada desglosándose el instrumento; porque la intervención de los empleados públi-

La ley quiere dar autenticidad á la fecha del instrumento privado, é indica los casos en que concede ese privilegio sin que pueda extenderse á otros. Bonnier, n° 704, dice, con razón: «bajo la pena de caer en lo arbitrario, es necesario limitarse al texto del artículo; la intención del legislador es evidentemente restrictiva.» Y combatiendo la opinión de Toullier en el caso de pérdida de los brazos agrega: «se sabe que no es imposible escribir con los pies, y hay artistas contemporáneos que han manejado el pincel y ejecutado obras notables».—Comp. DOMOLOMBE, XXIX, nos 565 á 574. LAROMBIÈRE, IV, n° 50, al art. 1328. MARCADÉ, al art. 1328, n° 4. DURANTON, XIII, n° 131. COLMET DE SANTERRE, V, n° 291, *bis*, VIII. ZACHARIE, § 752, nota 36. AUBRY y RAU, § 756, nota 133 y numerosas decisiones de Cortes Francesas citadas por estos autores apoyan esta opinión; contra tan respetables autoridades, el Dr. Llerena adopta la teoría de Toullier, afirmando, sin razón, que todos los códigos que han seguido al francés han resuelto la cuestión en este sentido. Sólo se pueden citar las palabras de Goyeña, que así lo dice, quien sostiene la inexactitud de que el que carece de manos tiene la misma imposibilidad de firmar que el muerto. El Código Español, art. 1227, cambió la redacción del proyecto. En cuanto á los sucesores á título singular ó terceros, debemos aplicar lo dicho en la nota anterior.

(Art. 1035, n° 1.) Para determinar la autenticidad de la fecha del instrumento privado, el primer medio es el de la exhibición en juicio; pero no basta presentarlo, debe quedar archivado. ¿Y si se dejara copia testimoniada en el expediente, porque el juez de crimen lo hiciera desglosar en caso de delito? Tendría la fecha de su presentación, porque la transcripción es un instrumento público. El documento quedará archivado, y si contiene otras obligaciones se pedirá copia autorizada para ejecutarlas. La presentación del documento en cualquiera oficina pública, comprende las que están facultadas para extender instrumentos públicos, así como cualquiera oficina del Gobierno, Congreso, Legislatura, etc., donde quede archivado.—FREITAS, art. 748, n° 1.



cos ofrece las seguridades bastantes para considerar como cierta la fecha de su presentación.

2° *La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren* (art. 1035, n° 2); porque la fecha es entonces la de la escritura pública donde se reconoce, y ésta merece fe.

3° *La de su transcripción en cualquier registro público* (art. 1035, n° 3); porque sería la fecha de la escritura pública donde se encuentra transcripto ó el lugar que ocupa en el registro.

4° *La del fallecimiento de la parte que lo firmó, ó del de la que lo escribió, ó del que firmó como testigo* (art. 1035, n° 4), de-

(Art. 1035, n° 2.) Los escribanos que no tienen registros, ¿podrán hacer esos reconocimientos autorizándolos? No; el artículo sólo es aplicable á los reconocimientos que las partes se hicieran ante un escribano de registro convirtiendo el instrumento privado en público. Siendo ese reconocimiento una escritura pública, debe ser firmada por dos testigos.—FREITAS, art. 748, n° 2.

(Art. 1035, n° 3.) Todo el documento debe transcribirse sea como parte integrante de una escritura pública, sea de cualquiera otra manera. El Cód. Francés, art. 1328, pide sólo la transcripción de la sustancia del documento; Goyena, art. 1209, exige que el documento sea incorporado, debiendo tomar esa palabra como un equivalente de agregado al registro, pues el Cód. Español, art. 1227, dice: «incorporado, ó inscrito», comprendiendo ambos casos; el nuestro no ofrece duda, pues el número 1° supone el caso de quedar archivado, que es la hipótesis; lo mismo sería en caso de inventario levantado por el escribano, en que el documento se anota y agrega al expediente.—Comp. DEMOLOMBE, XXIX, n° 561. FREITAS, art. 748, n° 3.

(Art. 1035, n° 4.) Se considera como fecha cierta del instrumento, el día del fallecimiento de cualquiera de las partes que intervinieron en él y lo firmaron; los contratantes, el fiador, los testigos, etc., porque es físicamente imposible que el acto haya sido ejecutado después de la muerte. Es, pues, impropia la expresión del artículo, al limitar á los casos del fallecimiento de la parte que lo firmó, escribió ó firmó como testigo, cuando comprende á cualquiera de los que hubieren intervenido y firmándolo. El Código Argentino, siguiendo á Freitas, ha comprendido el fallecimiento del que escribió el documento, aunque no lo fir-

biendo demostrarse esas circunstancias por el que presenta el documento, y bastará la negativa del tercero á reconocer la fe-

mase, separándose del Cód. Francés y del común sentir de los autores; pero como dice Larombière (IV, n° 45, al art. 1328) «un escrito está muy lejos de caracterizar la identidad de la persona, como el hecho de la firma, que si bien está expuesta á ser negada, marca el escrito con el sello especial de la propia personalidad. Un escrito, por el contrario, es siempre anónimo por sí mismo, y para reconocer el autor es necesario emplear previamente medios de verificación demasiado inciertos y peligrosos en sus resultados». Los jueces admitirán con gran prudencia este medio de dar fecha cierta al documento privado; y habría sido preferible suprimirlo. El artículo, acepta como Freitas, el fallecimiento del testigo, que los comentadores franceses admiten para dar fecha cierta al instrumento, en el mismo caso está el fiador, ó cualquiera que hubiera firmado el documento.—Comp. BONNIER, II, n° 704. LAROMBIÈRE, I. c., n° 43. DEMOLOMBE, I. c., n° 558.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1035.—El reconocimiento de la firma de un documento privado, no prueba la verdad de su fecha respecto á terceros, aun en materia comercial, cuando no haya el medio particular de asegurar la prueba con la mención que se haga del documento en los libros debidamente tenidos.—XIII, 205.

Los documentos privados tienen fecha cierta después de presentados en juicio.—XXIII, 18.

Los documentos privados sólo tienen fecha cierta con relación á terceros, desde su presentación en juicio.—XXIII, 95.

Los documentos privados no tienen fecha cierta con relación á tercero, sino después de su exhibición en juicio.—XXIII, 407.

Los documentos privados no tienen fecha cierta para los terceros. antes de su exhibición en juicio.—XXIII, 431.

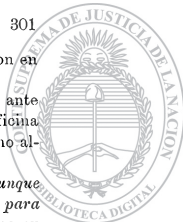
Un documento privado, aun reconocido por su otorgante, no tiene valor alguno para acreditar contra un tercero, completamente extraño al acto, la fecha de su otorgamiento, desde que ésta es la de su presentación en juicio, con arreglo al artículo 1035 del Cód. Civil.—LIII, 5.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1035.—Los actos privados de los contratantes posteriores á la fecha del contrato por instrumento público y que tiendan á aprobar su simulación, no pueden perjudicar á terceros que con ellos hubiesen contratado, fundándose en la veracidad del contrato.—Jur. Com., III, 65.

El instrumento privado sólo tiene fecha cierta, con relación á terceros, desde su presentación en juicio.—Jur. Civ., III, 240.

Los instrumentos privados no tienen fecha cierta con respecto á terceros, sino desde su presentación en juicio.—Jur. Com., IV, 133, Sér. 4°.





cha, para que se pruebe la muerte de los que intervinieron en el instrumento privado.

Como se ha dicho, la fecha no es la del reconocimiento ante la justicia, sino la de su presentación en juicio, ó en la oficina pública; así es que si fué reconocido posteriormente, esto no altera la fecha.

Con relación á *las cartas misivas dirigidas á terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento (art. 1036)*; porque la obligación tiene su origen en el consentimiento mutuo, y las cartas dirigidas á tercero no pueden formarlas; sin embargo, no obstará para que puedan traerse como medio concurrente á fin de demostrar la existencia de la obligación. Eso lo determinarán las leyes de procedimiento.

(**Art. 1036.**) La prohibición formal de la ley de presentar tales documentos, da derecho á las partes para negarse á reconocerlos. ¿Y si los reconocen voluntariamente? Lo hecho contra la prohibición de la ley no tiene valor alguno, art. 18; porque es la única manera de defender la estabilidad de sus disposiciones. La ley al impedir el reconocimiento de estas cartas, tiene por objeto conservar el secreto de la correspondencia, dando absoluta confianza al que se dirige á otro, de que su confidencia no será revelada, y como es una cuestión muy debatida el determinar á quién corresponde la propiedad de una carta, si al que va dirigida, ó al que la escribe, ó á los dos, no se debiera autorizar su comunicación al que ha recibido. El Código no hace diferencia entre las cartas confidenciales ó reservadas y las ordinarias de comercio ó de negocios, y sólo debemos distinguir cuando fuera necesario armonizar ó explicar las disposiciones contradictorias.—FREETAS, art. 770.

El documento privado que se opone á terceros sólo tiene fecha cierta desde su presentación en juicio.—Jur. Com., VIII, Sér. 4°.

El documento privado, sólo produce efecto contra terceros desde su presentación en juicio.—Jur. Com., V, 253, Sér. 1°.

La fecha de una letra de cambio, debe fijarse con arreglo á las disposiciones del Cód. de Comercio; las del Cód. Civil no le son aplicables.—Jur. Com., VI, 533, Sér. 1°.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1036.—La correspondencia dirigida á un tercero, no puede ser objeto de compulsa para prueba.—XXXI, 44.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1036.—La carta

TÍTULO VI

DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS (*)

§ 303.—DE LOS ACTOS NULOS

La ley determina el límite de la acción individual de dos modos: 1° fijando la forma en que el acto debe ejecutarse y estableciendo hasta dónde puede ejercerse el derecho. 2° prohibiendo el acto y sacándolo de la esfera de la actividad individual. Con excepción de estas dos formas, el precepto constitucional, de que nadie puede ser obligado á hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, se aplica en toda su latitud.

Otras veces concede ciertos derechos en determinadas circunstancias, y entonces el límite se encuentra en lo expresamente concedido.

dirigida á un tercero ordenándole un pago, no es carta misiva sino carta orden, y en consecuencia, autenticada es prueba de la existencia del contrato.—Jur. Civ., VIII, 419, Sér. 4°.

No procede la declaración de testigos, sobre el contenido de una carta misiva dirigida á tercero.—Jur. Com., VI, 126, Sér. 2°.

La carta misiva dirigida á tercero, no puede ser tomada en consideración por el Juzgado como prueba.—Jur. Com., X, 56, Sér. 2°.

No es obligatorio el reconocimiento en juicio, de las cartas misivas dirigidas á terceros.—Jur. Com., II, 345, Sér. 3°.

Las cartas dirigidas á terceros especialmente dedicadas á un negocio y reconocidas voluntariamente por el que la suscribe, consintiendo su agregación, forman prueba de la obligación que en ellas se confiesa.—Jur. Civ., VI, 79, Sér. 1°.

No pueden ser agregadas al expediente las cartas misivas en que los testigos funden sus declaraciones.—Jur. Civ., XIV, 134, Sér. 4°.

(a) Usamos en este Título de la palabra *anulable* en lugar de *rescindible*, porque, como observa Savigny, la palabra *rescindere* en el derecho, expresa ordinariamente la nulidad, pero no la nulidad inmediata, sino la que posteriormente sobreviene, como sucedía en los testamentos, por el nacimiento del hijo póstumo. En algunos casos, sin embargo, *rescindere* designa la nulidad inmediata. Otras veces declaran las leyes nulos los actos, y sin embargo, los hacen sólo rescindibles, por medio de una acción revocatoria. El autor citado al tratar de la nulidad de los actos jurídicos en el tom. 4 del Derecho Romano, § 2º, los divide en actos nulos y actos atacables. A estos últimos es á los que llamamos anulables.



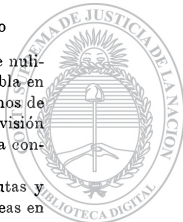


Cuando la ley manda, la desobediencia no constituye por sí sola un acto ilícito, lo contrario sucede en los casos de prohibición.

Si la ley determina la forma en que se debe realizar un acto jurídico, ó bien pena su inobservancia con nulidad, y entonces el acto se tiene como no sucedido, ó guarda silencio, y el acto puede ser anulable, según los casos; por el contrario, cuando la ley lo prohíbe, se tiene en general como si no se hubiera realizado, si no le ha señalado otro efecto, y su ejecución puede constituir un acto ilícito, según las circunstancias.

Las nulidades deben ser expresamente declaradas por la ley, y por esa razón *los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen (art. 1037)*, pues no hay otro límite á la actividad individual que el creado por la ley.

(Art. 1037.) Dado el sistema adoptado por el Cód. Civ. Argentino, no deben admitirse nulidades implícitas, sino expresas. El Código usa dos modos para establecer las nulidades: 1º, prohibiendo la realización del acto; 2º, anulándolo expresamente; en ambos la nulidad es expresa. Por ejemplo, *prohíbe* al tutor comprar los bienes de su pupilo, hay nulidad expresa; declara *nulo* el acto jurídico otorgado por una persona absolutamente incapaz, nulidad expresa también. No se debe confundir el mandato de la ley con la prohibición; la ley ordena practicar un acto de tal manera; si el acto se realiza de otro modo no será nulo, si expresamente no se anulara; por el contrario, prohíbe el mismo acto, lo hecho contra esa prohibición es nulo. En este sentido la regla contenida en este artículo se armoniza con todas las disposiciones del Código; por eso los jueces no pueden declarar otras nulidades que las establecidas en él, indicando así que deben ser expresas. Es por esta razón que al hablar de la forma de un acto jurídico, dice el art. 986, «sólo será nulo, cuando se haya establecido bajo esa pena», haciendo la diferencia entre el simple mandato y la prohibición. Y no debe ser otra la mente del Código, porque en este título ha seguido paso á paso al proyecto del Dr. Freitas, que adopta el sistema de los Códigos de procedimientos franceses, que enseñan la teoría que sostengo. Por otra parte, aceptando la teoría de las nulidades implícitas, contrariamos lo dispuesto expresamente en este artículo, dando á los jueces una de esas facultades que pueden trastornar nuestra legislación civil. Consúltese lo expuesto en la nota á los arts. 18 y 986.



Se han generalizado entre nosotros las expresiones de nulidades *absolutas y relativas* de que por incidencia se habla en los arts. 1047 y 1048, haciendo una confusión que tratamos de salvar en el comentario á esos artículos. La verdadera división es la que legisla especialmente el Código en el título de la confirmación de los actos nulos y anulables.

Por mi parte, rechazo la división de nulidades absolutas y relativas, porque introduce cierta perturbación en las ideas en una materia de suyo difícil y escabrosa.

La nulidad absoluta, como la considera Zachariæ, comprende el modo de obrar y la extensión de la acción, facultando para alegarla á todos los que intervinieron en el acto; mientras la relativa sólo pueden deducirla el incapaz ó el que sufrió el dolo, violencia, fraude, etc.

Según el sistema adoptado por el Código, un acto puede ser nulo, sin que la nulidad sea absoluta, porque sólo una de las partes puede reclamarlo, como sucede en el contrato celebrado con un demente declarado, que debía considerarse inexistente porque no hay consentimiento, y sin embargo, es válido mientras no sea reclamado.

Toda nulidad debe ser declarada por el juez con esta diferencia: cuando aparece manifiesta en el acto (en el sentido explicado en el artículo 1047), el juez de oficio puede declararla; cuando no aparece del acto mismo, sólo las partes pueden pedir su declaración; á esta clase de nulidades las llama Freitas, art. 786, «dependiente del juzgamiento». Esta doctrina se armoniza con el artículo siguiente, como se verá allí.—Comp. AUBRY y RAU, § 37, texto á la nota 15. LOCRÉ, XII, pág. 389, n° 173, y FREITAS, l. c.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1037.—La omisión de los árbitros en resolver alguna de las cuestiones propuestas, no puede fundar la nulidad que la ley permite cuando resuelven cuestiones que no les fueron sometidas.—Jur. Civ., IX, 100, Sér. 3°.

La falta de intervención del esposo demandado por divorcio en el nombramiento de curador *ad litem*, no causa la nulidad del juicio.—Jur. Civ., II, 300, Sér. 5°.

Los jueces sólo pueden declarar las nulidades que la ley ha establecido explícitamente, y en ausencia de una terminante prescripción deben estar más bien por la validez de los actos que por su nulidad.—Jur. Civ., I, 141, Sér. 2°.



En esta parte adoptamos la terminología clara y precisa del Código, que divide los actos en *nulos* y *anulables*, diciendo: 1º *Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces, por su dependencia de una representación necesaria (art. 1041)*; pero como el art. 1164 sólo faculta al incapaz para deducir la acción, resulta que únicamente sería anulable, pues se considera válido si no se reclama; 2º *Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, ó que dependiesen de la autorización del Juez, ó de un representante necesario (art. 1042)*; en cuanto á la primera

(**Art. 1041.**) El artículo comprende la incapacidad absoluta de los agentes, que no tienen voluntad, como los dementes, sordo-mudos, im-púberes. La capacidad absoluta no produce la nulidad absoluta, desde que sólo pueden demandarla los incapaces. Hay, pues, inexactitud en la expresión de *son nulos*, cuando debía decir *son anulables*. En efecto, los actos nulos se consideran como si no hubieran existido, y cualquiera de las partes pueden reclamarlos, mientras los anulables sólo serán anulados á solicitud del incapaz, art. 1164; en el caso del artículo, el acto es válido para la persona capaz. Las nulidades provenientes de la incapacidad absoluta del agente, son siempre relativas, y no deben confundirse con las referentes á la forma ó á la sustancia del acto de que habla el art. 1044.—Comp. FREITAS, artículo 789, n.º 1, y nuestro art. 472.

(**Art. 1042.**) En la primera parte se ha seguido á Freitas y puede justificarse aplicándola á los incapaces de «derecho», como el tutor ó curador para ciertos actos con relación á su pupilo ó curado, del escribano, juez ó abogado respecto de otros; pero lo que introduce cierta perturbación es la nota del Dr. Velez Sarsfield, donde confunde los incapaces de *hecho* relativamente, como la mujer casada ó el menor adulto, con los de *derecho*, como el fallido ó tutor respecto de ciertos actos, á quienes las leyes prohíben la adquisición de algunas cosas. Los actos de los incapaces de derecho, siendo expresamente prohibidos, son nulos; como si el tutor compra un bien de su pupilo; mientras los de hecho sólo son anulables, como los actos de la mujer casada ó del menor púber sin autorización. La segunda parte comprende los incapaces de hecho volviendo á confundir dos ideas diversas é incurriendo en el error

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1041.—Como los menores im-púberes, los dementes y los sordo-mudos que no saben darse á entender por -scrito. (Art. 54.)



parte, siendo el acto prohibido por la ley so pena de nulidad, cualquiera de los interesados puede hacerlo anular; no así en la segunda hipótesis, en que sólo podrá demandarla el incapaz asistido de su representante, ó éste por su propia autoridad; 3º *Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, á quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratase (art. 1043)*, y cualquiera podrá reclamar la nulidad, porque lo

de la nota. El artículo en su primera parte es verdadero, y en la segunda falso, porque se refiere á actos anulables; debe depurarse este error en que declara nulos actos que sólo son anulables. La razón de esta confusión consiste en lo siguiente: en el sistema adoptado por Freitas, art. 789, se clasifica primeramente los actos nulos y anulables, para dividir después la nulidad en absoluta y relativa; así, los actos realizados por personas relativamente incapaces, los colocan entre los nulos, art. 789, nº 2; pero esos mismos actos los declara nulos relativamente en los arts. 805 y 810. El Cód. Civ. Argentino no ha hecho esas diferencias, y de ahí es que los actos de las personas relativamente incapaces queden entre los nulos, cuando debían de estar entre los anulables. El Cód. de Chile, art. 1684, lo mismo que Freitas, clasifica entre los actos de nulidad relativa la incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido ó del juez. Este artículo debería incorporarse en su segunda parte al art. 1045, comprendiéndose así entre los actos anulables.

(**Art. 1043.**) Las incapacidades de derecho son absolutas, porque provienen de la prohibición de la ley. Téngase presente lo dicho en la nota al art. 18, pues hay prohibiciones en que sólo se reduce el acto á los límites permitidos. El artículo se aplica á los actos del menor emancipado (art. 1035), á los contratos entre padres é hijos bajo su potestad (art. 273) aunque no esté penado con nulidad, pues basta la prohibición; á los señalados en el art. 450, que el tutor no puede realizar, aunque el

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1042.—Como las mujeres casadas, los menores emancipados respecto de algunos actos, los religiosos, comerciantes fallidos, los tutores y curadores, respecto á actos determinados.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1042.—La nulidad de las obligaciones contraídas por la esposa sin la venia judicial, estando separada del marido, puede ser declarada de oficio si el hecho resulta de las constancias de autos.—Jur. Civ., VI, 220, Sér. 2ª.

hecho contra la prohibición de la ley es de ningún efecto; 4º *Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación ó fraude presumido por la ley, ó cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, ó cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, ó cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos (art. 1044);* con excepción de la primera hipóte-

juez lo autorizare, y á los comprendidos en los arts. 465, 475, 1218, 1253, 1278 y otros. FREITAS, art. 789, nº 3.

(**Art. 1044.**) La primera parte de este artículo fué corregida con arreglo á lo indicado en la nota 157 de la Instituta, agregándole á la palabra fraude, la de *presumido por la ley*. En efecto, hay casos en que la ley presume el fraude, y entonces el acto es anulable, como en la hipótesis del art. 3741. Esta nulidad, aunque se refiere al acto mismo impidiendo la simulación, lo hace sólo anulable, porque si el perjudicado no reclamara, el acto sería válido. En esta parte se vuelve á confundir el acto nulo con el anulable, como en los arts. 1041 y 1042. Son actos nulos y cualquiera puede reclamarlos: los que versen sobre un objeto prohibido por la ley, sea que la cosa estuviere fuera del comercio, ó no sea susceptible de adquisición, ó sea sobre cosas prohibidas, como p. e. la herencia futura. Freitas, art. 789, nº 5, comprende en este caso la hipótesis de cuando el acto no tuviere objeto y debemos considerarlo nulo, porque no hay acto jurídico. Están comprendidos en este artículo los hechos imposibles, los inmorales, los extravagantes, inútiles ó irrisorios.

En cuanto á la forma, son nulos los que no tuvieran la exclusivamente ordenada por la ley; pero armonizando esta disposición con el art. 986, esa forma debe ser prescripta so pena de nulidad, como lo expresa Freitas en el art. 789, nº 7.

Cuando los actos dependiesen de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos; porque siendo en ese caso el único medio de probar la existencia del acto, no habría acto jurídico si no estuviera en esa forma. Así, el testamento por acto público que no tuviere los testigos, ó el ológrafo que no fuera hecho de puño y letra del testador, se reputarían como si no existieran. Esta disposición se ar-

Nota del Dr. Velez Sarfield al art. 1043.—Como en los casos en que al tutor ó albacea se le priva adquirir los bienes que administra, y muchos otros semejantes.





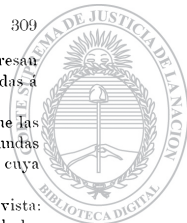
sis, la nulidad puede ser reclamada por cualquiera de los contrahentes, y siendo manifiesta, el Juez deberá declararla de oficio, cuando se exigiere el derecho que el acto nulo confiere.

En la enumeración que acabamos de hacer, siguiendo el orden del Código, se encuentran actos que no son nulos, sino anulables, porque se consideran válidos mientras su nulidad no haya sido juzgada, como son los practicados por personas que necesitan de autorización para realizarlos, p. e., las mujeres casadas y los menores.

Las nulidades se pueden dividir en nulidades de orden público inconfirmables, hasta que la ley no haya levantado el obs-

moniza con la del art. 976. En los casos del presente artículo, como en el de los tres anteriores, la nulidad debe ser declarada por el juez; aunque Savigny supone superfluo y aun imposible dirigir una acción contra un acto que no existe jurídicamente, y propone los casos siguientes: el testamento supuesto, que no emana del testador; el testamento de un impúber; el testamento que no tiene testigos. Por nuestro derecho, aunque el art. 1038 declara nulos los actos con nulidad manifiesta, aunque no haya sido juzgada, debe tomarse como una expresión más enérgica, armonizándolo con el art. 1047, que ordena á los jueces declarar la nulidad; y el juzgamiento es necesario cuando se pretende hacer valer el acto mismo. La nulidad manifiesta, el juez debe declararla de oficio; las demás sólo á solicitud de parte.—Comp. FREITAS, art. 789, n° 4, 5, 7 y 8. SAVIGNY, l. c., y AUBRY Y RAU, § 37, texto á la nota 15.

La nulidad absoluta y relativa, como lo veremos en los arts. 1047 y 1048, no responde á una noción verdaderamente jurídica que dé una idea clara de lo que se quiere expresar, como la división lógica legislada en el título siguiente, de los actos nulos y anulables. La nulidad absoluta y la relativa no se refiere á la incapacidad absoluta y relativa, como algunos lo han creído erróneamente, siguiendo la expresión incompleta del art. 1047; porque el incapaz absolutamente no produce siempre actos nulos, desde que sólo él y su representante pueden alegarla. La nulidad absoluta, como lo enseñan los autores, sólo comprende la manera de ejercer la acción sin tocar al fondo de la misma. Para mí, y según el Código mismo, no hay nulidades absolutas ni relativas, sino actos nulos ó anulables; así, los actos contra la prohibición de la ley son nulos y no pueden confirmarse sino cuando haya desaparecido el obstáculo legal. Los actos de los incapaces



táculo legal, y en nulidades de orden privado, que interesan solamente á los particulares que sólo pueden ser declaradas á solicitud del poseedor del derecho.

Las primeras provienen de la prohibición de la ley que las ha impuesto teniendo en mira un interés superior; las segundas las crea como una defensa para cierta clase de personas cuya inexperiencia y debilidad debe proteger.

Las nulidades pueden considerarse bajo otro punto de vista: en cuanto al fondo del acto, que comprende la capacidad de los contratantes, su consentimiento, el objeto ó la causa de la obligación: ó en lo relativo á la forma, es decir, á la manera de expresar la voluntad y á la prueba del acto, como la forma escrita, la firma de las partes, la intervención de testigos, redacción de la escritura, etc.

El Código divide igualmente la nulidad en manifiesta y oculta, diciendo: *la nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, ó le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos, aunque su nulidad no haya*

de cualquier categoría que sean, son anulables, porque según el art. 1164 sólo pueden ser reclamados por el incapaz. Cuando la incapacidad es de derecho, fundada en la prohibición de la ley, el acto es nulo y cualquiera de las partes pueden reclamarlo.—Comp. arts. 18, 843, 845, 953, 954, 959, 976, 1175, 1183, 3640.

Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 1044.—El contrato ilícito no produce obligación ni acción cuando el contratante tenía certidumbre del fraude.—Jur. Com., II, 395 y II, 225.

El remate judicial llevado á cabo con violación de las formas ordenadas por el juzgado ó después de la hora fijada en los edictos, es nulo y debe declararse no subsistente.—Jur. Civ., III, 182, Sér. 1ª.

La nulidad de un acto jurídico por existir dolo y fraude, puede ser declarada por presunciones, siempre que ellas revistan los caracteres de precisas y concordantes.—Jur. Civ., V, 5, Sér. 3ª.

El error en la designación del número que corresponde á una finca vendida en remate sin intervención del deudor, anula la venta.—Jur. Civ., VI, 140, Sér. 1ª.

Anula la convención cuando el error recae sobre la calidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente en vista y que hace á la sustancia misma de la cosa.—Jur. Civ., IX, 282, Sér. 1ª.

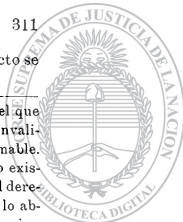
La nulidad de un acto jurídico fundada en el error de hecho ó de derecho, debe ser probada por el que la demanda.—Jur. Civ., IX, 370, Sér. 4ª.

sido juzgada (**art. 1038**); pero esto no importa establecer que el Juez no tenga necesidad de declararla, pues siempre será ne-

(**Art. 1038.**) Se han confundido dos nociones completamente diferentes: la que se refiere á la nulidad absoluta y relativa, con la de nulidad manifiesta. La nulidad absoluta es sólo con relación á la manera de deducirse la acción y no toca al fondo del acto mismo; la manifiesta se refiere á la forma del acto, como si p. e., la escritura pública no tuviera la firma de los testigos, ó si el objeto fuera prohibido; cuando estas nulidades aparecen del acto mismo, se llaman manifiestas y los jueces deben declararlas de oficio; pero la nulidad relativa, como la referente á los actos de la mujer casada sin licencia de su marido, ó á los del menor púber sin la de su tutor, aunque sea manifiesta, no puede declararse por el juez.

Adolecen de nulidad manifiesta los actos practicados contra la prohibición de la ley, y los penados expresamente con nulidad. Hay que hacer esta diferencia fundamental: las nulidades que se refieren á la facultad de los agentes, como á los dementes declarados, á los impúberes, etc., el juez no puede declararlas de oficio, mientras debe hacerlo respecto de los actos prohibidos. Cuando la nulidad comprende la forma, como si, p. e., fuera una escritura nula por falta de uno de los testigos, el juez no puede declarar la nulidad, si las partes no lo solicitaren; pero en otros casos no le dará valor, aunque los interesados estuvieren conformes, como si pidieren la ejecución de un testamento ológrafo escrito por otro, y sólo firmado por el testador. Es una materia erizada de dificultades, y nada se adelanta, ni aclara con hacer la división aconsejada por algunos, entre los actos nulos «absolutamente» y los simplemente «anulables», porque hay actos que siendo nulos por incapacidad absoluta del agente no pueden ser reclamados sino por el incapaz, art. 1164, como el contrato hecho por un impúber, que no puede consentir, y sin embargo, ese acto «nulo en sí porque falta el elemento principal del contrato, es sólo anulable» y puede ser confirmado por el tutor. No hay necesidad que la prohibición sea impuesta «expresamente so pena de nulidad», para que el acto sea nulo; basta que ésta exista para que no tenga valor. Raras veces se impone la prohibición bajo pena de nulidad, como puede verse en el art. 450 y otros semejantes, pues la regla del art. 18 es invariable y se aplica á todos los casos. La división de nulidad absoluta y relativa, no da una idea exacta de la materia, ni satisface á la doctrina, pues cuando es absoluta según el Código, y el acto nulo, «aunque la nulidad no haya





cesario una decisión de los tribunales; sólo indica que el acto se tendrá como no sucedido.

sido juzgada», no obstante esa nulidad no puede alegarse por el que ha «ejecutado el acto sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba», art. 1047, idea contraria á una nulidad absoluta, inconfirmable. Si la nulidad fuera absoluta el acto debería considerarse como no existente; si no puede ratificarse, no se comprende por qué se niega el derecho de alegarla al que conocía el vicio. Es que la idea es falsa, lo absoluto de una nulidad sólo se refiere á las personas que pueden ejercer la acción, no al acto mismo. Si sólo puede reclamarla el incapaz, la nulidad debiera ser «relativa, y confirmable», pues el acto se reputa válido si no es reclamado por el incapaz. Una donación aceptada por un loco ó un impúber, que no tienen voluntad, un contrato cualquiera, sería nulo, y sin embargo, no pueden anularse sin solicitud del representante del menor; más aun, sería válido si el tutor lo aceptara estando dentro de sus facultades, y no habiéndose revocado la donación; luego, la nulidad absoluta no produce el efecto de hacer que el acto sea inexistente. Deberíamos dividir las nulidades en dos clases: 1ª, las provenientes de la prohibición de la ley, ó penadas en cada caso con nulidad; 2ª, las nulidades provenientes de la incapacidad de las personas. Las primeras, todos pueden reclamarlas, y las segundas sólo el incapaz ó su representante, armonizando esta interpretación con la del art. 1164. En cuanto á la nulidad «relativa» no existe sino con relación á la incapacidad relativa del agente. Zachariae, § 35, divide las nulidades en unas que interesan al orden público, y otras al interés privado: en cuanto á las nulidades «absolutas y relativas», sólo tiene por objeto precisar las que pueden ser invocadas por cada parte interesada, y aun por el ministerio público, ó solamente por una de ellas. En realidad no hay por el Código nulidades absolutas y relativas, como lo demostramos en el art. 1047.—Cons. BIRET, *Nulidades*, I, cap. I.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1038.—La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea á las cualidades personales de las partes, sea á la esencia del acto, lo que comprende principalmente la «existencia de la voluntad, y la observancia de las formas prescriptas para el acto. Ella puede resultar también de una ley que prohíbe el acto de que se trate. Sobre la materia de este Título, véase Savigny, *Derecho Romano, Origen y fin de las relaciones de derecho*, desde el § 202.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 1038.*—Son nulas las resoluciones de la Exma. Cámara dictada por otros jueces que los que componen el Tribunal al llamamiento de autos.—Jur. Civ., II, 126. Sér. 1ª

La nulidad de un acto jurídico puede ser completa ó sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica á las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables (art. 1039), como sucedería en un testamento en que alguno ó todos los legados fueran nulos, esa nulidad parcial no afectaría la validez del testamento.

§ 304.—DE LOS ACTOS ANULABLES

Se debe distinguir el acto nulo del anulable, no sólo por las

(Art. 1039.) La nulidad parcial, que Savigny toma en el sentido de nulidad relativa, llamando al acto vulnerable, el Código, siguiendo á Freitas, art. 803, la considera bajo otro aspecto, cuando las disposiciones de un mismo acto puedan separarse como en el art. 1170, en que siendo nulo el contrato sobre bienes presentes y los que dependen de una sucesión no diferida, se valida si el adquirente consintiera en tomar los bienes presentes; y lo mismo si se vendieran por precios diversos cosas que están en el comercio con otras que no lo están. En estos casos y otros semejantes, se anularía el acto en parte, quedando válido en lo restante. El caso del art. 733, que da lugar á la acción de *in rem verso*, no puede ser comprendido, porque no hay nulidad parcial, y la acción ejercida por lo convertido en utilidad del acreedor, no previene del contrato; pero el caso del art. 3630, donde la nulidad de la institución de herederos no anula el testamento, es un ejemplo de nulidad parcial. Freitas agrega como explicación, que la nulidad de la obligación principal implicará la de las obligaciones accesorias, mientras la nulidad de ésta no perjudicará á aquélla. Así, la nulidad de la fianza en nada perjudicará la obligación principal. Será una cuestión de hecho la de decidir si son separables ó no las cláusulas ó disposiciones de un acto, y se resolverá teniendo en cuenta la voluntad presunta de las partes.

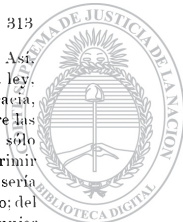
La nulidad del acto celebrado, los jueces, aun cuando sea manifiesta, no pueden de oficio declararla, mientras las partes no sometan á su decisión, cuestiones que tengan en él su origen.—Jur. Civ., IX, 63, Sér. 1^a.

El Ministerio Fiscal tiene personería para pedir la nulidad del testamento, aun cuando existan herederos forzosos.—Jur. Civ., XIV, 72, Sér. 4^a.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1039.—Savigny, IV, § 202.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1039.—La falsedad parcial, no invalida el documento en que consta la obligación.—Jur. Com., I, 134, Sér. 2^a.



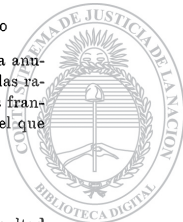


acciones que confiere, sino por los efectos que produce. Así, se llama nulo al acto ejecutado contra la prohibición de la ley, y en que la voluntad humana es impotente para darle eficacia, no habiéndose formado relación alguna de derecho entre las partes; mientras el acto anulable es válido, y su anulación sólo depende de una de las partes que por su voluntad puede suprimir el obstáculo que lo invalidaba. Un ejemplo del primer caso sería la venta de la herencia futura ó un contrato sobre un delito; del segundo, la incapacidad relativa del agente, como la de la mujer casada ó del menor púber.

Los autores llaman nulidad *absoluta* á la que invalida completamente el acto, y que no puede ser confirmada mientras la ley no haya derogado la disposición prohibitiva; y *relativa* á la que sólo anula el acto á solicitud de parte interesada, siendo válido mientras no haya sido reclamado. El Código Civil Argentino sólo por incidencia usa de ambos términos, y aconsejamos rechazarlos, porque responden á ideas diversas de la división de actos nulos y anulables.

Según estos principios, son anulables: 1° *Los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón*; 2° *Cuando no fuera conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto*; 3° *Cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho*; 4° *Cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude ó simulación*; 5° *Si dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen anulables los respectivos instrumentos* (art. 1045).

(Art. 1045.) *Privado de razón*, aun declarado judicialmente, pues el que contrata con un demente declarado tal por sentencia, no ejecuta un acto nulo por más que no haya voluntad, ni consentimiento, ese acto es válido mientras no sea reclamado por el incapaz. No opino como Freitas (art. 509, n° 3), que comprende las perturbaciones de la inteligencia por la cólera ó la venganza que no dejan completa libertad á la voluntad, pues tendríamos que descender en ese terreno á todas las pasiones humanas, como la envidia, el amor, la avaricia y las demás que perturban el espíritu. Admito el delirio febril, el sonambulismo



El Dr. Velez Sarsfield usa en este título de la palabra anulable en vez de rescindible, como lo dice en la nota, por las razones allí expresadas; pero observaremos que los autores franceses la emplean para indicar que ella se concede á todo el que ha sido lesionado en su derecho.

§ 305.—DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

La capacidad se ha dividido en capacidad de *hecho* ó facultad de ejecutar todos los actos de la vida civil, y capacidad de

mo natural ó provocado, porque son estados del ánimo donde no hay conciencia; pero rechazo cualquier otro, donde la voluntad sólo se encuentra perturbada; y esto lo reconoce el mismo Freitas, cuando admite la anulación del acto practicado sólo en estado de embriaguez completa.

Si la incapacidad de derecho del agente ó la prohibición del objeto no fueran conocidas por la necesidad de una investigación de hecho, dice Freitas, art. 790, n° 2, refiriéndose á cuando hubiera necesidad de averiguar si el contratante es tutor, albacea, etc., á quienes les estuviere prohibido su ejecución; pero una vez conocida, el acto sería nulo, porque se ha obrado contra la prohibición de la ley; sin embargo, el artículo lo coloca entre los anulables y como tal debemos considerarlo. En cuanto á los vicios de error, fraude, violencia ó simulación no presumida por la ley, debe comprenderse también el dolo, suprimido por Freitas, el art. 790, n° 3, porque lo establece en los arts. 954 y 1049.

Si dependiese de la forma instrumental y fueran anulables los respectivos instrumentos, á diferencia del artículo anterior. De esto tenemos un ejemplo en los arts. 989 y 990, cuando el instrumento tuviera los testigos exigidos por la ley, pero fueran menores ó dependientes del escribano, y será válido mientras no sea atacado; no sucedería así, cuando no tuviera la firma de las partes, art. 1004. En estos actos se dice que tienen nulidad relativa, porque sólo la persona violentada ó engañada puede demandar la anulación, y en este sentido es relativa la nulidad del acto realizado por el que tiene la incapacidad absoluta. El Código habla de nulidad absoluta y relativa sin clasificarla ni definirla. Freitas, en los arts. 805 y 810, coloca entre las nulidades absolutas los actos de los incapaces absolutamente, y entre las «relativas» los practicados por incapaces relativamente; sin embargo, cuando se

derecho, que es la imposibilidad legal de adquirir; por consiguiente, no puede ser completa, pues nuestro derecho no reconoce la esclavitud, ni la muerte civil.

En este párrafo tratamos de la capacidad de obrar, y el (art. 1040) al decir, *el acto jurídico, para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho*,

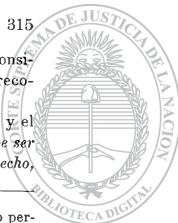
trata del modo de ejercer la acción, las considera relativas, y sólo permite ejercerla á los incapaces (art. 1877), lo que importa decir, el acto es válido si el incapaz no lo ataca. Es que la idea de nulidad absoluta y relativa no comprende la de nulo y anulable, que pertenecen á un orden diferente.—Comp. arts. 473, 857 á 860, 924 á 928, 932 á 935, 954, 989 y 990. FREITAS, art. 790.

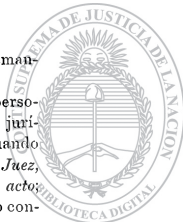
(Art. 1040.) Este artículo introduce cierta perturbación en las ideas; porque separándolo de los actos relativos á la capacidad ó incapacidad de los agentes, parece no formar un todo con ellos. Ser capaz de cambiar el estado de su derecho, es un aforismo que comprende tanto á los incapaces absolutamente, al impúber ó al demente, como á la mujer casada ó al menor impúber, confundiendo así dos ideas que deberían separarse siempre. No se ha querido expresar la idea de Freitas, art. 501, que quita al hecho el carácter jurídico, cuando no hay capacidad en el agente, ó no hay objeto, ni expresión de la voluntad, mientras nuestro artículo comprende sólo á la capacidad del agente. Tampoco expresa la idea de Mackeldey, § 167, que el Dr. Velez Sarsfield cita en apoyo de la doctrina, pues éste comprende la forma interior y la exterior. El artículo es una declaración general ampliada en el siguiente. Podría suprimirse sin perjuicio alguno.

Nota del Dr. Velez Sarfield al art. 1045.—Una acción ó una excepción no destruyen una relación de derecho sino cuando una persona determinada, teniendo ciertas cualidades, manifiesta su intención, y obra en consecuencia. De otra manera la relación de derecho originaria conserva toda su eficacia. Esta es la nulidad que se llama relativa. La invalidez del acto puede existir desde el origen ó sobrevenir después. En el primer caso tiene la misma fecha que el acto que anula. En el segundo su fecha es posterior.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 1045.—La existencia de simulación ó fraude puede ser declarada en virtud de presunciones, si ellas son graves, precisas ó concordantes, sin que se requiera prueba por escrito.—Jur. Com., II, 225, Sér. 1ª.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1040.—Mackeldey, § 167.





se refiere á esta facultad, de donde nace la acción para demandar la nulidad.

La nulidad que comprende sólo la incapacidad de la persona, difiere de la que se refiere á la cosa ú objeto del acto jurídico, y á estas se ha referido el (art. 1047 1ª parte) cuando dice: *la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto*; porque son nulidades que cualquiera puede alegarlas; pero confunde estas ideas, cuando agrega: *puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba* (art. 1047, 2ª parte); porque esta parte sólo comprende la nulidad proveniente de la incapacidad del agente, refiriéndose á lo dicho en el art. 1164, sobre la manera de ejercer la acción, como lo comprueban las palabras de *puede también pedirse su declaración por el Ministerio público en el interés de la moral ó de la ley* (art. 1047, 3ª parte), y lo que aumenta la confusión introducida por este artículo, es la conclusión, enseñando una proposición falsa en el sentido tan absoluto como está concebida; así cuando dice: *la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación* (art. 1047, 4ª parte), lanza al espíritu en la duda, porque no sabemos, ni

(Art. 1047.) Este artículo y el siguiente hablan de nulidad absoluta y relativa, sin haber previamente hecho la clasificación; por eso algunos han creído que no correspondía á la división del título siguiente de actos nulos y anulables. El Código en parte alguna dice lo que entiende por nulidad absoluta y relativa; esta división corresponde más bien al modo de ejercer los derechos que pueden ser invocados por cualquiera de los contratantes ó por uno solo; por esa razón se establece en este artículo, que las nulidades absolutas manifiestas deben ser declaradas de oficio por el juez, y no pueden confirmarse ni ser alegadas por el que *sabía ó debía saber el vicio* que invalidaba el acto. ¿Cómo se explica entonces que una nulidad absoluta, inconfirmable, no pueda ser alegada por cualquiera de los interesados? Es que se confunden ideas diversas. El Código ha seguido á Freitas y al Código Chileno en una parte, sin haber hecho la diferencia que aquel autor y este Código hacen. Freitas reconoce como nulidades absolutas (art. 789), cuando los agentes son absolutamente incapaces, ó si fueren incapaces de derecho, ó el objeto fuere prohibido y las demás comprendidas en

lo dice en parte alguna del Código, cuál es esa nulidad *absoluta*, ni por qué habría de permanecer inconvencible é inconvencible,

nuestro art. 1044; llama relativas á las comprendidas en nuestro artículo 1045, con excepción de la incapacidad de derecho ó por la prohibición del objeto, y sólo exceptúa del derecho de demandar la nulidad á los que contrataron con las personas incapaces, aunque la incapacidad fuera accidental. En el caso de nulidad por incapacidad absoluta del agente, no puede demandarse la nulidad por la persona capaz; doctrina diferente de la establecida por el Código de Chile, de donde ha sido tomado este artículo. Se confunde la nulidad absoluta, tal como la trae el mismo Código, con la nulidad que produce la incapacidad absoluta, que es relativa. La nulidad manifiesta es la que consta del instrumento mismo y puede ser declarada de oficio, cuando se pide la aplicación del derecho que el acto nulo concede. Podemos decir que la nulidad absoluta no existe por el Código, pues no responde á las ideas que él mismo consagra, ni como división de la materia legislada, ni como doctrina jurídica. ¿Qué es una nulidad absoluta? ¿La que puede ser alegada por cualquiera de las partes? Según este artículo, no; porque el ejecutor de la violencia ó sabedor del vicio no puede alegarla. ¿Por qué la nulidad absoluta es inconvencible? ¿Y cómo puede serlo, cuando el acto es válido, si no lo reclama el que fué víctima del engaño ó de la violencia? La división en nulidades absolutas y relativas no encuentra su confirmación en parte alguna del Código, y debemos considerarla como ocasional y sin valor, ateniéndonos á la de los actos nulos y anulables expresamente legislados en el título siguiente. El artículo que parece contradictorio y obscuro se entenderá perfectamente, refiriéndolo á los actos nulos y anulables. Y de este modo viene á armonizar con la disposición del art. 1164 que habría sido necesario considerarla como una excepción.

Al final del artículo se declara que la nulidad absoluta es inconvencible, siguiendo la doctrina de algunos autores franceses aceptada por el Código Chileno y el proyecto de Freitas; pero el primero señala el lapso de 30 años para la prescripción y el segundo proyectaba algo semejante, cuando exceptúa los casos en que fueren declarados en el Código, no habiéndolo hecho, porque su proyecto no alcanzó á la prescripción. Han sido vencidos por la fuerza del hecho real que domina la ficción legal. No se puede negar que el hecho haya existido, cuando la nulidad nos demuestra lo contrario, p. e., cuando por una venta nula se ha transmitido la propiedad recibiendo uno el precio y entregando el otro la cosa; este es el hecho real; si la ley por consideración de un orden





cuando en el título siguiente nos enseña que todos los actos pueden confirmarse á condición de haber desaparecido la causa

superior no le da efecto alguno, está en su derecho, pero no puede hacer que el comprador no haya recibido la cosa y el vendedor tomado el precio, menos puede impedir que cuando las partes hayan recobrado su capacidad, no confirmen ese acto y le den validez, renunciando á los derechos que hubieran tenido sobre el pasado. ¿Cómo puede impedir que el bien comprado por el tutor de pertenencia de su pupilo, contra la prohibición de la ley, continúe perteneciendo al comprador, si el menor ya mayor, confirma esa venta en las condiciones del artículo 1061, renunciando á los derechos que pudiera tener sobre el pasado? La ley no puede prohibir tales actos. Una cosa es que el acto deba considerarse como *non avenu*, según la expresión francesa, para el caso en que sea reclamado, y otra en que no pueda ser confirmado. Véase el art. 1330 y su nota. Nuestro Código mismo permite la confirmación de los actos nulos, como lo indica el título siguiente. Aubry y Rau, § 337, nota 9, dice con razón: «las nulidades de orden público pueden ser cubiertas por la confirmación, cuando ha cesado la causa que las produjo.» En cuanto á los efectos que para los terceros deba tener esta confirmación, creemos con Troplong (*Hipotecas*, n° 496), que cuando el acto confirmado es nulo no debe perjudicarles sino desde la confirmación, porque no habiendo tenido existencia legal antes, no puede dañarlos una ficción; otra cosa sucedería cuando se confirma un acto anulable, aunque nuestro Código no admite esta distinción, salvando siempre los derechos de los terceros, art. 1065.

La confirmación produce siempre efecto retroactivo con relación á las partes que intervienen en el acto, según aquella regla de derecho romano: *retro currere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit*. Me parece más acertado abandonar la división de nulidades absolutas y relativas que por incidencia trae el Código, y limitarnos á la genérica y más exacta de actos nulos y anulables; creo también que respecto del principio de que la nulidad absoluta es inconfirmable, debemos sólo aceptarlo cuando la voluntad es impotente para hacerla desaparecer, porque la nulidad sea de orden público y perpetua. Si aplicamos estos principios á cualquier acto nulo ó anulable, veremos que responde perfectamente á la sola clasificación que podemos llamar legal por nuestro Código; así, p. e., los actos prohibidos al tutor so pena de nulidad (art. 450), son nulos y el juez puede declararlos de oficio ó á solicitud del ministerio de menores; pero los actos realizados



que los anulaba. ¿Por qué la venta de la herencia futura sería inconfirmable, una vez que haya dejado de ser futura?

La idea de inconfirmable es completamente inexacta, porque no hay acto que no pueda confirmarse, aun aquellos ejecutados contra la prohibición de la ley; si ésta viene á ser derogada, desapareciendo el obstáculo; habria sido más conforme á los principios el referirla á los efectos que produce el acto; así, el acto nulo, una vez declarado, se reputa como si no hubiera existido, y estaríamos en la verdad de la teoría al declarar que

por ese tutor sin autorización del juez, art. 443, son anulables y sólo pueden demandarse por el incapaz.

Cuando el artículo dice, pueden alegar la nulidad todos los que tengan *interés* en hacerlo, comprende á aquellos á quienes perjudica la validez del acto, y no como se ha creído por alguno que el juez no debe averiguar si el que pide la nulidad tiene ó no interés, llegando á afirmar que «un pariente ó un amigo deben considerarse interesados». lo que sería incomprensible, porque se concede la acción, no al parentesco ni á la amistad, sino al interés de defender sus derechos lesionados.

Téngase presente que cuando el acto es nulo, todos pueden demandar su nulidad, con la sola excepción de no poder hacerlo el que conocía el vicio que lo anulaba; pero esta excepción está limitada por el art. 1164, en que el contratante capaz, sea que conozca ó no la incapacidad del otro, no puede pedir la nulidad. Debemos, pues distinguir: 1º, en los actos jurídicos que no sean contratos, el que ejecutó el acto ignorando la incapacidad de la parte favorecida, ó el vicio que lo anulaba, podrá demandar la nulidad, pero no si la conocía: 2º, en los contratos, en que no se puede pedir la nulidad por incapacidad del otro contratante, á menos que el contrato fuera nulo por un vicio de forma; 3º, en los actos que vician el consentimiento, no puede demandar la nulidad el que cometió la violencia ó causó el miedo ó ejecutó la acción dolosa; pero cuando hubo error sobre el objeto, la persona ó el contrato, podrá pedirla.

La teoría de las nulidades dividiéndolas en absolutas y relativas, aceptadas generalmente por los expositores del derecho, comprende más bien á la forma ó la extensión de la acción, y no el fondo del derecho.

Cuando ambos interesados conocieran el vicio que anulaba el acto, considero más jurídico facultar á los contratantes para pedir la nuli-

en este caso, *la nulidad pronunciada por los Jueces vuelve las*

dad, con excepción de los casos del art. 1164.—Comp. las notas a los arts. 1050, 1058 á 1060.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1047.—Cód. de Chile, art. 1683.—El Derecho Romano presenta algunas excepciones á la regla que la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación tácita ó expresa: por ejemplo, si una mujer menor de doce años contrajese matrimonio, el acto adolece de una nulidad absoluta; pero si la mujer, cumplidos los doce años, continúa en el matrimonio, la Ley Romana declaraba que esa confirmación de hecho del matrimonio hacía válido el acto. *Minorem aunis duodecim nuptam tunc legitiman urorem fore, cum apud circum expleisset duodecim annos.* l. 4, Tit. 2, Lib. 23, Dig. Lo mismo el Código de Nueva York, de 1865, § 54, inciso 1º.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1047.—Adolecen de insanable nulidad los contratos que se celebren con el objeto de conseguir un empleo público (arts 943, 1038, 1044 y 1047. Cód. Civil. Se trataba de un convenio entre el directorio de un partido político, que proclamó la candidatura del doctor X., para diputado al congreso nacional, quien ofreció contribuir con su dinero á sufragar los gastos electorales, levantándose acta al respecto. El partido político sostuvo después, y sacó triunfante, la candidatura de otra persona. Con este motivo el doctor X. demandó la restitución de la cantidad que había adelantado, con indemnización de perjuicios, por falta de cumplimiento de la convención).—XXX, 672.

La nulidad por simulación, no puede ser deducida por quien ha ejecutado el acto ó procedimiento nulo, sabiendo ó debiendo saber el vicio que entrañaba su proceder.—XXII, 330.

Es nulo todo lo actuado, sin la intervención del ministerio de menores, en juicio en que versa el interés de menores.—XXXIV, 183.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1047.—La nulidad, de la venta no puede ser demandada por el causante único del vicio que alega como fundamento de su acción.—Jur. Civ., VI, 82, Sér. 3º.

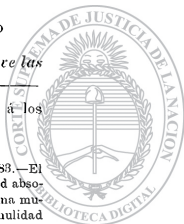
La nulidad absoluta, puede y debe ser declarada de oficio.—IX, 359, Jur. Civ. Sér. 1º.

Por ser nulo el documento en que se funda la ejecución, debe ser rechazada, siempre que el causante al firmarlo conociera el motivo de la nulidad.—Jur. Civ., IX, 261, Sér. 1º.

Si bien el juez debe declarar de oficio las nulidades, cuando juzga sobre la acción deducida en el juicio, debe abstenerse de hacerlo cuando el punto no ha sido sometido á su fallo ni directa ni indirectamente.—Jur. Civ., VII, 164, Sér. 1º.

La nulidad por falta de intervención del ministerio de menores, debe ser rechazada, siempre que el culpable único haya sido el denunciante.—Jur. Civ., III, 387, Sér. 2º.

Cuando la nulidad es manifiesta y consistente en haber fallado sobre puntos que no estaban en tela de juicio, puede y debe ser declarada por el Tribunal.—Jur. Civ., II, 21, Sér. 2º.





cosas al mismo ó igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050); pero con relación á los actos que adolecen

(Art. 1050.) Esta regla se debe tomar con sus excepciones; el Derecho Romano decía: *quod nullum est nullum producit effectum*; pero el Código dice: los actos anulables se consideran válidos hasta la sentencia que los anule, art. 1046, mientras los nulos lo son, aunque su nulidad no haya sido juzgada, art. 1038. Tenemos un acto nulo que no ha producido efecto, la sentencia al declararlo vuelve las cosas á su primitivo estado; pero si es anulable, al contrario el acto ha existido y sólo cesa para el porvenir, conclusión que Toullier (VII, n° 543, citado por el Dr. Velez Sarsfiel en la nota), reputa como una verdadera herejía en jurisprudencia.

Cuando la nulidad proviene de la incapacidad absoluta de uno de los contratantes, como los menores impúberes, dementes, etc., no están obligados á devolver lo recibido durante la incapacidad, á menos de haberse convertido en su provecho; si la cosa recibida se hubiera deteriorado, la entregarán como se encuentre, si se perdiere, nada deberán. Si la anulación proviniera de dolo ó fraude, el que lo cometió devolverá las cosas como poseedor de mala fe.

Cuando el acto se anula por algún vicio, las cosas se entregarán en el estado en que se encuentran. Cuando la anulación se refiriese á una parte del acto, completamente independiente de los otros, la nulidad no afectará á las demás. Los artículos siguientes determinan la forma de la restitución.—Comp. MERLIN, V, *Rescisión*, n° 4. AUBRY y RAU, § 336.

Con relación al matrimonio, los efectos que produce su anulación están indicados en los arts. 87 á 89 de la ley de Matrimonio Civil.—Comp. arts. 1032, 1051, 1052, 2610.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1050.—Merlin, *Rep. verb. rescisión*, n° 4.—Toullier, VII, n° 543.—Duranton, XII, 361.—Aubry y Rau, § 336.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1050.—La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo ó igual estado en que se hallaban antes del acto anulado.—Jur. Com., I, 362, Sér. 1°.

La confesión por escritura pública de que el acto que consta por instrumento público era simulado, vuelve las cosas al mismo é igual estado que tenían antes; pero sus declaraciones sobre derechos anteriores al acto simulado carecen de valor legal.—Jur. Civ., VIII, 157, Sér. 4°.

La mala fe del tercero es indispensable para que la nulidad declarada por los jueces vuelva las cosas al estado en que se hallaban antes del acto anulado, la ley supone que siendo ella relativa aquél ha cedido á un error invencible.—Jur. Civ., I, 5, Sér. 4°.

de vicios que pueden anularlos, la ley traduce perfectamente el pensamiento cuando dice: *los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulare (art. 1046)*, sin embargo de que este principio ha sido condenado como falso por juriscónsultos notables.

La acción de nulidad concedida para dejar sin efecto el acto jurídico ejecutado contra la prohibición de la ley, interesante al orden público, cualquiera de los contratantes puede alegarla; pero la que comprende los vicios del consentimiento y que el Código incidentalmente llama *relativa*, sólo puede ser deducida por aquellos á quienes perjudica; por eso dice el (art. 1048):

(Art. 1046.) Esta es una de las fundamentales diferencias entre los actos nulos y los anulables. Los actos nulos son tales desde el momento que se realizaron y se reputan como si hubieren existido; cuando viene la declaración del juez, el acto se retrotrae al tiempo de su celebración: así, las devoluciones de los frutos ó de los intereses se harán á contar desde ese momento; mientras en los actos anulables sólo desde la sentencia; pero debe hacerse una distinción: cuando el agente ha procedido por fuerza, miedo, violencia, etc., habiendo mala fe, responderá como poseedor de mala fe, mientras en caso contrario, se reputará de buena fe. El que procediendo con una incapacidad de derecho no conocida hiciere anulable el acto, responderá como en el caso anterior.—FREITAS, arts. 791 y 792, y nuestro art. 4012 y su nota. TOULLIER, considera esta diferencia como una herejía en jurisprudencia. Véase nota 1050.

(Art. 1048.) El término de nulidad relativa debe tomarse como indicación de que sólo puede ser demandada por aquellos en cuyo beneficio se ha establecido. Se trata de actos anulables, pues no sabemos cuáles son las nulidades absolutas, ni las relativas, desde que el Código sólo habla de ellas por incidencia en estos artículos. ¿Qué alcance tienen las palabras «en cuyo beneficio la han establecido las leyes»? ¿Pueden demandarla los herederos á título universal? Todos están conformes en admitirlo, porque representan la persona del difunto y ejercen todas sus acciones y derechos; pero el Dr. Segovia en una extensa nota niega que puedan hacerlo los sucesores á título singular, mientras Freitas, arts. 811 y 812, siguiendo á Zachariæ, § 579, la concede á los sucesores á título singular, el Código Chileno, art. 1684, sólo





la nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez, sino á pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el Ministerio público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes; agregando:

á los herederos y cesionarios; Aubry y Rau, § 334, texto n° 3, la da á los herederos y sucesores universales, y el Código Civil Argentino «á aquellos en cuyo beneficio se ha establecido». Hay, pues, razones para dudar, y por mi parte renuncio á establecer una regla general, y se debe seguir el consejo de Savigny: aplicarla en cada hecho según convenga á su naturaleza; porque ninguna regla nos guiará con más seguridad que la naturaleza propia del hecho. Así, cuando se trata de una venta anulable por error en la cosa misma, el adquirente del que tenía derecho para anularla no tiene interés alguno en pedir la nulidad, pues ha comprado haciendo un acto válido; por el contrario, si el primer acto fuere de aquellos que dependiesen para su validez de la forma instrumental y el instrumento fuere anulable, debería tener derecho para pedir la anulación, porque le perjudica llevar semejante título. Debe tenerse presente, que el sucesor á título singular tiene los mismos derechos que su causante, y puede ejercer los que tenía para asegurarlo en la posesión de lo adquirido. El beneficio no es concedido, como algunos lo afirman, sólo en favor del incapaz, sino de todo el que ha sido víctima del error ó de la violencia. Es preferible dejar al estudio de los jueces la decisión en cada caso, teniendo en cuenta que la acción de nulidad se concede para evitar los perjuicios que pueden venir y no caprichosamente. El Dr. Llerena se decide categóricamente por la doctrina contraria; pero su afirmación sin fundamento hace poca fuerza, sobre todo cuando la apoya en el Código de Chile, que sólo concede la acción al cesionario; no obstante, el ejemplo que trae es oportuno para demostrar que hay casos en que el sucesor singular puede pedir la anulación; pues si la servidumbre de la casa vendida se estableció por la violencia ó el dolo, ¿por qué se negaría al sucesor el derecho de anularla? Esto demuestra cuán peligroso es establecer reglas generales.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1048.—Cód. de Chile, art. 1681.

Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1048.—El marido, como representante legal de la esposa, carece de personería para pedir la nulidad de los actos en que aquélla haya intervenido invocando un carácter falso, pues el derecho favorece á los incapaces cuando son engañados, pero no, si procediendo ellos mismos con malicia, se convierten en engañadores.—Jur. Civ., IX, 213, Sér. 3ª.



para distinguirla perfectamente de la nulidad que no comprende á la incapacidad de obrar, que: *la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte. Tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación ó dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó (art. 1049).* ¿Con qué derecho la per-

(**Art. 1049.**) Se trata de los actos anulables del art. 1045, y el que contrató con una persona que accidentalmente no estaba en el uso de su razón no puede anularlo; porque la ley sólo protege y conserva los intereses de los incapaces. Los casos de violencia, dolo, etc., son traídos como ejemplos y nos referimos á lo dicho en la nota del artículo 1045. Cuando el dolo, la fuerza ó la intimidación fueren empleadas por un tercero (arts. 935, 941 á 943), el que no sufrió la fuerza no tendrá derecho para pedir la nulidad, á no ser sucesor singular, porque su posición no ha cambiado y no habría razón para concederle un beneficio creado en favor del que sufrió el miedo ó la violencia. Cuando la simulación es presumida por la ley, no creo que los jueces puedan declararla de oficio, pues en el caso del art. 3741, si los herederos respetasen la disposición testamentaria, ésta sería válida. Goyena, art. 1186, explicando este artículo, dice: «por esto se ha dicho que esta especie de contrato claudica por parte de la persona incapaz, y esto se ha de entender no sólo del que tenga tutor ó curador, sino de la mujer casada.» Esta clase de nulidades no pueden ser deducidas por los co-obligados del incapaz; así, la venta hecha por la mujer casada sin licencia de su marido, en comunidad con otra persona capaz, no podrá ser anulada por ésta.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1049.—Proyecto de Goyena, art. 1186.—Cód. Francés, art. 1125.—Sardo, 1215.—Holandés, 1367.—de Nápoles. 1079.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1049.—Una persona capaz para contratar, no puede pedir la nulidad de un acto jurídico fundándose en la incapacidad de la otra parte contratante.—XX, 276.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1049.—Al que pretende anular el acto jurídico corresponde justificar que las partes que intervinieron y que se oponen á la declaratoria, conocían las causales que dan origen á la nulidad.—Jur. Civ., VII, 547, Sér. 1^a.

El que coadyuva á la nulidad del acto, no puede invocarla en su favor.—Jur. Civ., VII, 57, Sér. 3^a.

El padre que no pidió el nombramiento de tutor especial para el menor cuya paternidad desconoce, carece de personería para pedir la nulidad de la sentencia que no hace lugar á sus pretensiones, fundado en esa omisión.—Jur. Civ., I, 165, Sér. 3^a.

sona capaz podría anular el acto? Si lo ejecutó libremente y con discernimiento, ¿qué podría alegar? El beneficio es creado en favor del incapaz ó del que sufrió la violencia, el dolo, fraude, etc.

§ 306.—DE LOS EFECTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

Cuando el acto por el cual se transmitió el derecho viniera á ser anulado por la sentencia, se debe distinguir; si era nulo, el título no puede servir para la prescripción, y la cosa deberá devolverse en el estado en que se encontraba cuando se hizo la transmisión, como si el acto no hubiera tenido lugar; si era anulable, el título servirá para prescribir, si hubiere buena fe en el adquirente, y la nulidad sólo surtirá efecto desde la sentencia; así, *todos los derechos reales ó personales transmitidos á terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado á ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual (art. 1051)*.

(**Art. 1051.**) La reivindicación del inmueble puede hacerse aún del tercer poseedor de buena fe, con esta diferencia: cuando el acto ha sido anulable puede prevalecerse de la prescripción, porque su título lo autoriza, mientras si la nulidad es manifiesta no le servirá para prescribir. Se pregunta si para conservar sus acciones contra el enajenante, deberá citarlo de evicción. Si el título es nulo, no hay necesidad, pues sólo se debe el precio recibido porque ambos han sido culpables; en los demás casos, sí, porque tratándose de hechos personales, como el fraude, la violencia, etc., sufrida por el que pide la nulidad, está obligado á defenderse de sus actos, y si no concurre á la citación es porque acepta su verdad. El reivindicante entrará en posesión de la cosa sin reconocer las cargas que le hubiera impuesto el propietario vencido; así, las hipotecas, servidumbres y demás derechos reales desaparecen, como se ha desvanecido la propiedad, según la máxima de derecho, *solutio jure dantis, solvitur jus accipientis*.

Cuando dos ó más personas han contratado con una tercera, la nulidad declarada en favor de una de ellas no aprovecha ni perjudica á las otras, á menos de estar ligadas solidariamente. La expresión final de «pueden ser reclamados» es impropia porque parece referirse á los derechos, cuando se aplica al inmueble, reivindicado que vuelve á poder del reivindicante vencedor, libre de todo derecho real. Del





disposición que debe armonizarse con la de los arts. 2777 y 2778, negando la reivindicación de la cosa mueble, cuando el enajenante fué de buena fe y lo hizo por título oneroso a un adquirente de buena fe. Respecto de los inmuebles, si el defecto que invalidaba el acto no constase en el título mismo, como la violencia, dolo, etc., y fuera necesario una investigación previa para conocerlo, el tercer adquirente de buena fe no podrá ser molestado por la acción de reivindicación; pero si se tratase de la incapacidad del enajenante, sólo la prescripción podrá mantenerlo.

Cuando la sentencia declara la *anulación del acto, obliga a las partes á restituirse mutuamente lo que han recibido ó percibido en virtud ó por consecuencia del acto anulado (art. 1052)*, sin

mismo modo hay inexactitud en la expresión «los derechos personales transmitidos á terceros sobre un inmueble».—Comp. ZACHARIE, § 583, últ. part. DURANTON, XII, n° 564 y sig. TOULLIER, VII, n° 549 y nuestros arts. 970, 1487, 2664, 2671, 2779, 3126 y 3277.

(**Art. 1052.**) En la jurisprudencia se rechaza el principio del artículo 1046, que hemos aplicado en el 1050; porque no se distingue entre los actos nulos y anulables. El Código Chileno hace esa diferencia, y cuando la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, cada parte es responsable de las pérdidas ó deterioros de la cosa, así como de los intereses, frutos y mejoras, tomándose en cuenta los casos fortuitos y la posesión de buena ó mala fe. Según el Código, quien tiene un título nulo no puede considerarse como poseedor de buena fe, y debe responder de la cosa y aun de los frutos percibidos, no pudiendo reclamar el valor de las mejoras necesarias con arreglo al art. 589, 590 y 2438. Cuando el acto es anulable, salvo los casos de fuerza, violencia, etc., siendo el poseedor de buena fe, hará suyos los frutos percibidos hasta el momento de la demanda. Cuando la reivindicación tiene lugar contra terceros adquirentes se debe hacer las mismas diferencias, con excepción de los vicios de dolo, fraude, ó violencia que siendo personales é ignorándolos, no pueden quitarles la buena fe con que adquirieron la cosa. Cuando la nulidad proviniese de incapacidad absoluta de los agentes, éstos no estarán obligados sino por aquellos en que se

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1051.—Zacharie, § 583.—Toullier, VII, números 519 y 550.—Duranton, XII, números 564 á 567.—Aubry y Rau, § 336.



perjuicio de las acciones que correspondan al que ha sufrido la violencia ó el fraude para demandar los daños y perjuicios.

Si se ha demandado la nulidad de un contrato bilateral, como ambos contratantes conocen la causa que lo anulaba, desde el momento de la demanda ha cesado la compensación tácita que habían aceptado; por eso dice el (art. 1053): *si el acto*

enriquecieron ó en que el pago les fuera útil, y para apreciar las utilidades se debe tener en cuenta el momento de la demanda, y si esta se dedujo después de haber cesado la incapacidad, será necesario referirse á este tiempo para saber si el incapaz se encontró más rico. La restitución debe hacerse devolviendo las cosas libres de toda carga ó gravamen, que por la revocación del dominio vienen á quedar sin valor. El art. 1165 determina el modo de hacerse la devolución por parte del incapaz.—Comp. GOYENA, art. 1181. AUBRY y RAU, § 336, texto letra a y los autores citados en la nota anterior.

(Art. 1053.) ¿Es necesario que ambos contratantes puedan considerarse de buena fe, para que la compensación se opere? El que cometió la violencia ó el dolo debe ser considerado como poseedor de mala fe, y como tal restituir á las cosas con los frutos percibidos ó que hubiere podido percibir, no teniendo derecho sino á las mejoras necesarias, pero el que sufrió la violencia y pide la nulación del contrato, ¿puede considerarse acaso como poseedor de buena fe? Conoce el vicio del contrato, está en su mano el anularlo, y no sería justo permitirle que prolongase la posesión de la cosa ó precio recibido, para hacer suyos los frutos y reclamar los intereses del que hizo la violencia. El Código no hace distinción y basta que el acto sea bilateral y las obligaciones correlativas consistan en sumas de dinero ó en cosas productivas de frutos, para que la compensación se opere hasta el día de la demanda y así, debe considerarse, pues si ocurrimos á Aubry y Rau, § 336, n° 2, indicado en la nota del Dr. Velez Sarsfield, y donde fué tomado el artículo, veremos que estos autores enseñan, que en los contratos translativos de la propiedad, el demandado no debe los frutos sino á partir

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1052.—Aubry y Rau, § 336, n° 2.

Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1052.—No puede negar buena fe el extraño reconocido heredero por testamento, si conocía la existencia de herederos forzosos, y debe, en consecuencia, restituir los bienes y sus frutos, sin perjuicio de cobrar las mejoras que justifique haber construído á su costa.—Jur. Civ., XII, 149, Sér. 4°.



fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, ó en cosas productivas de frutos, no habrá lugar á la restitución respectiva de intereses ó de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí; porque el hecho de no reclamar el acto anulable, importa aceptar los efectos que está produciendo. Pero la compensación no puede operarse, cuando ambos contratantes no se encuentran en condiciones semejantes, como si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, ó en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses ó de los frutos debe hacerse entonces desde el día en que la suma de dinero fué pagada, ó fué entregada la cosa productiva de frutos (art. 1054); porque no es justo que se enriquezca á costa de

de la demanda, á menos de haberlos percibido de mala fe; pero agregan: «que si en razón de su mala fe probada fuera condenado á la restitución de todo ó parte de los frutos percibidos anteriormente á la demanda, él tendría también derecho á reclamar en la misma proporción los intereses del precio pagado, ó los frutos recogidos por la otra parte». En efecto, no habría razón para que el poseedor de buena fe, anulando el contrato, hiciera suyos los frutos, y reclamase los intereses del de mala fe ó vice-versa; la restitución debe hacerse en perfecta igualdad de condiciones, salvo las acciones por los daños y perjuicios que podrá intentar el que sufrió el dolo ó el fraude. Cuando el contrato es nulo, no hay compensación de frutos, porque el acto se reputa como si no hubiera existido, y las cosas se restituirán como si ambos fueran poseedores de mala fe, si la nulidad es manifiesta; cuando es anulable, la compensación se opera hasta la demanda, porque ha podido existir la buena fe en ambos.—Comp. TOULLIER, VII, n° 549. Cód. DE CHILE, art. 1687.

La compensación no tiene lugar cuando las obligaciones no fueran de sumas de dinero ó de cosas que no produjeren frutos.

(Art. 1054.) Coloquémonos en la hipótesis de que el contrato comprenda dos ó más objetos que se entregaron en tiempos diversos; así en la compra-venta anulada, cuando se entrega este, dándose término para el pago del precio, ó en que se entrega el precio dándose plazo para la entrega de la cosa, la restitución de los frutos debe hacerse desde que se entrega ó recibe la cosa ó el precio, y aunque am-

otro: pero si la obligación tiene por objeto cosas fungibles, no habrá lugar á la restitución de las que hubiesen sido consumidas de buena fe (art. 1055).

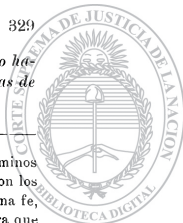
bos tuvieran buena fe, no puede existir compensación en los términos del artículo anterior, ni puede autorizar que el uno se quede con los frutos ó los intereses y el otro nada perciba. Además de la buena fe, debe existir en los contratantes la igualdad de condiciones para que la compensación tenga lugar. No habrá compensación, porque no es posible, cuando el uno no ha recibido la cosa ó no ha pagado el precio, en el primer caso, la restituirá con los frutos, y devolverá el precio con los intereses en el segundo. Y si fueron varias cosas que se dieron en diversas épocas, desde que cada una de ellas se entregó; si fueron sumas de dinero, se restituirán con los intereses, desde que se entregaron. Esto no tendrá lugar cuando la compensación se opera.

(Art. 1055.) Este artículo es una excepción de los principios enseñados en los anteriores y concuerda con el art. 738. Si el que de buena fe recibió las cosas fungibles, del que se las entregó de mala fe, no tiene responsabilidad cuando las ha consumido, menos debe tenerla en el mismo caso, si las recibió del que se creía dueño; pero si las consumió sabiendo que no pertenecían al que se las entregó, deberá devolverlas. La ley no puede autorizar el robo ni la mala fe, y sólo lo libera de toda responsabilidad en caso de ignorancia.

Las cosas fungibles no se reputan consumidas cuando se mezclaren con otras y no pudieran distinguirse en su individualidad; así, las 50 fanegas de trigo mezcladas con otras 100 que están en los depósitos, no han desaparecido y pueden reclamarse. El que consumió la cosa fungible, haciendo imposible la devolución, no tendrá derecho para reclamar lo pagado. La acción de nulidad será dirigida contra el que hizo la tradición de la cosa, y pagará los daños y perjuicios cuando la

Notas del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 1053 u 1054.—Aubry y Rau, lugar citado.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1054.—Si se reconoce la obligación de abonar los frutos de la cosa, durante un período determinado, no procede la condenación al pago de los intereses del capital que la misma representaba.—Jur. Civ., XIII, 415, Sér. 4ª.





Cuando un acto jurídico es anulado por sentencia firme, los efectos que hubiere producido, ó las consecuencias que de ellos resultaren, no se pueden juzgar por los señalados en los actos jurídicos, pues quedan en la categoría de simples hechos que pueden engendrar derechos accidentalmente, ó de los actos ilícitos cuando han sido realizados contra la prohibición de la ley; por esa razón dice el **(art. 1056)**: *los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, ó de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.*

Hay casos en que la nulidad del acto jurídico no produce efecto contra terceros adquirentes de buena fe, sea porque las cosas se hubieran consumido, sea porque siendo muebles se adquirieron de buena fe, *en esos casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, ó de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho á demandar*

anulación viniera por su culpa, como en los casos de violencia, dolo, etc.; en los demás no habrá acción alguna.—Comp. ZACHARIÆ, § 583, texto á la nota 5.—Véase arts. 539, 786, 1165, 2324, 2762 y la nota al art. 738.

(Art. 1056.) Cuando el acto no produce los efectos á que estaba destinado, tiene no obstante, consecuencias importantes; así, el que hizo la violencia ó cometió el fraude responderá del daño causado. La acción en este caso no proviene del contrato, sino del hecho ilícito. El acto anulado puede volver á reconstruirse, como sucedería en una escritura pública de transmisión de la propiedad, firmada por las partes y declarada nula por falta de testigos, que serviría para obligarse á extenderla en debida forma; en otros casos la anulación dejaría sin efecto el acto, como sería en el reconocimiento del hijo natural hecho en un testamento declarado nulo por vicio de forma, en que el reconocimiento quedaría anulado, arts. 333 y 3630. Se deben estudiar las consecuencias del hecho, y si hay perjuicio causado por el que hizo anular el acto, él debe soportarlo, ó el oficial público, si por su falta se anulare; pero cuando la nulidad proviniese del mismo testador no podrá demandarse perjuicio alguno. — FREITAS, art. 794. — Véase arts. 1172, 1177 á 1179 y 1329.

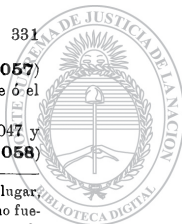
Nota de! Dr. Velez Sarsfield al art. 1055.—Zachariæ, § 583.

las indemnizaciones de todas las pérdidas é intereses (art. 1057) contra el que produjo la nulidad, sea el mismo contratante ó el tercero que cometió la violencia, dolo, etc.

El Código ha hablado incidentalmente en los arts. 1047 y 1048, de nulidad absoluta y relativa, y vuelve en el **(art. 1058)**

(Art. 1057.) Cuando la reivindicación no ha podido tener lugar, como sucederá en las cosas muebles adquiridas de buena fe, si no fueron robadas ó pérdidas, la acción se dirigirá contra el que dispuso de ellas sin derecho, y aun reivindicadas ó recobradas, la acción subsiste por los daños y perjuicios ocasionados por la violencia, dolo ó fraude del tradente, con relación al propietario. Cuando el dolo, la fuerza ó la intimidación fueran empleadas por un tercero ignorándolo el otro contratante, si la reivindicación no pudiera tener lugar, las acciones se dirigirán contra el tercero. Esta disposición se armoniza con los arts. 552, 595, 972, á cuyas notas me refiero.—Véase FREITAS, art. 802.

(Art. 1058.) Al estudiar la confirmación demostraré, que todos los actos pueden confirmarse, á condición de haber desaparecido la causa que los anulaba. Este artículo reproduce por segunda vez el término de nulidad relativa, pero su sentido no puede ser fijado por disposición alguna del Código. Lo absoluto ó relativo de las nulidades no da una idea clara y precisa de su importancia y sólo se refiere á la forma y modo de dirigir la acción, como lo indica Zachariæ. La nulidad absoluta, según los autores, es la que puede ser demandada por cualquiera de los interesados; la relativa sólo por uno de ellos, en lo que estoy conforme; pero no responde á la división de actos nulos y anulables de que trata el Código en el título siguiente. Hay, pues, un error de doctrina al enseñar que las nulidades absolutas no admiten confirmación, cuando todo acto es confirmable, si desaparece la causa que lo anulaba; así, p. e., la escritura pública sin la firma de los testigos es nula, y se valida por la confirmación; del mismo modo, la venta de un inmueble hecha por el pupilo á su tutor sería válida, si la confirmara cuando ha llegado á la mayor edad; pero aun se puede ir más lejos, p. e., en los contratos hechos contra la expresa prohibición de la ley, que se pueden validar por la confirmación, cuando se hubiere levantado la prohibición; así, la herencia futura podía venderse según la antigua legislación (l. 13, tit. 5, Part. 5ª) y ahora está prohibida, pero si fuera derogada dicha ley, podría confirmarse la venta que se hubiera hecho anteriormente. La ley no puede ir contra la voluntad manifiesta de las partes, sino en casos excepcionales de inte-



á decir: *la nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto*; por mi parte he enseñado que toda nulidad puede ser confirmada una vez que haya cesado la causa, y vuelvo á confirmar esa teoría, aconsejando abandonar la división de nulidades en absolutas y relativas, porque no se encuentran legisladas en el Código.

rés público. La prescripción que hace adquirir la cosa cualquiera que sea la nulidad del título, art. 4016, es una especie de confirmación del acto nulo.—Comp. FREITAS, art. 813.



TÍTULO VII

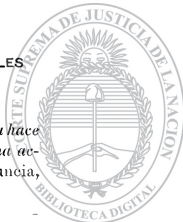
DE LA CONFIRMACIÓN DE LOS ACTOS NULOS Ó ANULABLES

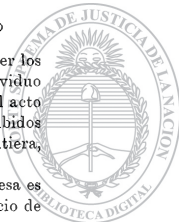
§ 307.—DE LA CONFIRMACIÓN EN GENERAL

La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto á una acción de nulidad (art. 1059), y difiere de la simple renuncia, del reconocimiento, de la novación y de la ratificación.

(Art. 1059.) El título que encabeza estos artículos indica la exactitud de nuestras observaciones en la nota á los arts. 1047 y 1058. La nulidad absoluta no es confirmable, dice el art. 1047, y el título de la confirmación de los actos nulos y anulables prueba que cualquier nulidad se puede confirmar, llenándose ciertas condiciones. Algunos autores han tratado de armonizar esta contradicción, atribuyendo á ambas divisiones diverso alcance, en lo que estoy conforme; pero no así en cuanto ellos hacen corresponder las nulidades absolutas á los actos nulos, y la relativas á los anulables; porque la nulidad absoluta con relación á la capacidad del agente, como, p. e., el menor impúber, el loco, etc., no puede ser demandada por el contratante capaz, y el acto es válido si es conveniente y provechoso al incapaz, lo que indica claramente que sólo es anulable. Por mi parte diría: la nulidad absoluta, si es que debiera figurar, comprendería sólo los actos en que la voluntad del obligado es impotente para hacer desaparecer el vicio en tiempo alguno, y en este sentido vendría á ser perpetua; la relativa puede desaparecer con el accidente que la produce, como la edad, el estado mental, la condición de la persona y es susceptible de confirmarse. La nulidad absoluta, se dice impropriamente que es inconfirmable, porque necesita que la ley haga desaparecer el vicio. Pero sea la nulidad absoluta ó relativa, es necesario que la sentencia la declare y pueden ser deducidas como acción ó como excepción: el juez decidirá la controversia, haciendo esta diferencia: el acto nulo se juzga como si no hubiera existido, y el anulable sólo desde la sentencia que lo declara.

Es preferible tomar la división de nulidades absolutas y relativas como lo hace Zachariæ, para indicar cuándo la acción corresponda





Siendo el objeto de la confirmación el hacer desaparecer los vicios que anulaban un acto, cuando la voluntad del individuo sea impotente para borrarlo, quiere decir entonces que el acto no podrá ser confirmado, lo que sucedería con los prohibidos por la ley; pero si ésta fuera derogada y el acto se permitiera, podría confirmarse.

La confirmación puede ser expresa ó tácita. La expresa es la que se hace por otro instrumento en que se salva el vicio de

á ambos contratantes ó á uno sólo, y así no caeremos en la inconsecuencia de considerar absoluta la nulidad proveniente de la incapacidad absoluta de uno de los agentes. Sigamos la clasificación del Código, en actos nulos y anulables susceptibles de confirmación, y estaremos en la verdad.

La confirmación no es una renuncia, pues ésta no hace válido el acto nulo, aunque se renuncie á reclamarlo; lleva, es cierto consigo una renuncia en el sentido de que cuando el confirmante vuelve á ejecutar el acto quitándole el vicio no puede reclamarlo; pero la renuncia simple no importa una confirmación, pues debe tener los caracteres del art. 1061. La confirmación no es una novación, como lo hace notar el Dr. Velez Sarsfield, pues necesita de dos obligaciones válidas; no es tampoco una ratificación, porque sólo se ratifican los actos que hacemos en nombre de otro, ó se hacen en nuestro nombre sin poder.

La confirmación tiene por objeto hacer desaparecer el vicio que el acto contenía, de donde se deduciría que el acto nulo no podría ser confirmado, lo que no es cierto, pues el artículo siguiente admite expresamente y con razón, que pueda confirmarse.—Comp. AUBRY y RAU, § 337, texto n° 1.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1059.—La confirmación contiene virtualmente renuncia de la acción de nulidad; pero toda renuncia no constituye una confirmación. Tampoco la confirmación es una novación, ni una ratificación del acto, como algunos escritores enseñan. El efecto de la novación es crear una nueva obligación que reemplace la antigua; la confirmación, por el contrario, tiene sólo por objeto reparar los vicios del acto á que se refiere. La ratificación es la expresión técnica por la cual una persona aprueba los actos que otra ha hecho á su nombre sin haber recibido el mandato correspondiente.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1059.—La ratificación de la persona capaz revalida y da fuerza legal á todos los actos ejecutados personalmente ó por medio de apoderado durante la incapacidad.—Jur. Civ., VIII, 61, Sér. 4°.

que adolecía el acto; *la confirmación tácita es la que resulta de la ejecución voluntaria, total ó parcial, del acto sujeto á una acción de nulidad (art. 1063).*

Se puede establecer en general que todos los actos nulos ó anulables son susceptibles de confirmación, con las excepciones

(**Art. 1063.**) Los hechos de ejecución varían al infinito según la naturaleza de la obligación que se quiere confirmar, ó que se presume confirmada. La ejecución debe hacerse después de haber cesado la incapacidad ó vicios que anulaba el acto; pues si la violencia existía ó el vicio no era conocido, la ejecución posterior no lo confirmará. Cuando la ejecución ha sido total no habrá duda; pero si es parcial, será necesario estudiar si el hecho importa un principio de ejecución ó solamente un acto accidental. Se reputará confirmado tácitamente, si se entregó la cosa ó recibió el pago, ó se hiciera una novación regular; en una palabra, cualquier acto de ejecución libre que suponga necesariamente la voluntad de confirmarlo; p. e., cuando el menor vendiera un inmueble sin autorización, si llegando á la mayor edad demandara la parte del precio que faltare.

La ejecución voluntaria comprende los actos por los que una de las partes cumple hacia otra las obligaciones contraídas, y también con relación á terceros, cuando éstos debieran recibir algo en virtud de una obligación. La ejecución parcial de una obligación natural no importará una confirmación, porque como se dijo en el art. 517, ese acto autoriza sólo á retener lo entregado. Los autores admiten como excepción el error de derecho y autorizan al confirmante para demostrarlo; teoría rechazada por el Código, pues se ha dicho que la ignorancia de derecho á nadie excusa, á menos de estar autorizada expresamente por la ley. Cuando la ejecución ha sido parcial, ¿incumbe la prueba al que alega haberse confirmado el acto? En la nota al art. 1061, me decidí por la afirmativa y con mayor razón cuando se trata de un hecho que presupone una intención no manifestada claramente. En la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho. Se podría indicar como una regla general, que los jueces deberán seguir, la de buscar en el acto realizado la intención de confirmar el nulo y de que el confirmante conozca el vicio. Freitas da tal valor al acto ejecutado, que no toma en consideración las reservas hechas de alegar las otras nulidades si las hubiera, lo que es contrario á la doctrina expuesta, pues es condición esencial conocer el vicio para confirmarlo. Estamos conforme con dicho autor, que la simple intención de cumplir la obligación no es bas-



siguientes: 1^a Cuando la nulidad es de orden público y perpetua; 2^a Cuando se trata de formalidades establecidas en favor de terceros, que no pueden ser cubierta por las partes.

§ 308.—DE LA ÉPOCA EN QUE PUEDE HACERSE LA CONFIRMACIÓN

Para que la confirmación pueda tener lugar, es necesario que haya cesado la incapacidad de la persona ó el vicio que anulaba el acto; porque si existieran, la confirmación llevaría el mismo vicio. Así, la nulidad del acto ejecutado por la mujer casada sin consentimiento de su marido, no puede hacerlo desaparecer la misma mujer sino después de disuelto ó anulado el matrimonio, ó confirmando el acto con consentimiento del marido.

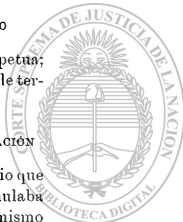
Los actos ejecutados con los vicios de error, dolo, violencia, etc., no podrán ser confirmados sino después de hacer cesado la fuerza, el error, etc. Por esa razón no son confirmables los actos afectados con nulidad perpetua provenientes de prohibición de la ley; y por eso dice el (art. 1060): *los actos nulos ó anulables*

tante para confirmarla. — Comp. nuestros arts. 517, 817, 818, 918 y 1061. AUBRY y RAU, § 337, notas 22 y 23. MARCADÉ, al art. 1338.

(Art. 1060.) Este artículo confirma la tesis sostenida en las notas anteriores: se pueden confirmar los actos de que habla el art. 1047, con los vicios de nulidad absoluta y manifiesta, aunque el mismo artículo la declara inconfirmable; la única condición es que haya cesado la incapacidad, vicio ó prohibición que lo anulaba. La nulidad absoluta de que habla ese artículo y la nota 3118, diciendo que no puede confirmarse, sólo comprende los actos hechos contra la prohibición de la ley.

¿Qué se entiende por nulidad absoluta inconfirmable? No hay elemento dentro del Código mismo para contestar esta pregunta, y es necesario ocurrir á la doctrina, y los autores nos dicen unos que es confirmable, otros que no. ¿Cuál de estas teorías debe aceptarse? La que está más en armonía con el mismo Código y admite la confirmación de

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1063.—Los Códigos extranjeros e n los artículos citados.—LL. 1 y 2, Tit. 46. Lib. 2, Cód. Rom. Es especial para el matrimonio la ley 15 al fin, Tit. 2, Part. 4^a, y para todos los actos en general, LL. 28, Tit. 11 y 49, Tit. 14, Part. 5^a.



no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho a demandar ó alegar la nulidad, antes de haber cesado la incapaci-

los actos nulos y anulables, cuando haya desaparecido el obstáculo legal. Los actos nulos de que nos hablan los arts. 1041 á 1044 y que pueden confirmarse según la disposición expresa de este artículo, son los siguientes: 1º, los ejecutados por personas absolutamente incapaces; 2º, los ejecutados por personas incapaces de derecho, como el tutor respecto de los bienes de su pupilo; 3º, cuando los agentes han procedido con simulación ó fraude presumido por la ley; 4º, cuando el objeto fuera prohibido; 5º, cuando no tuviera la forma exclusivamente ordenada; 6º, cuando dependiese, para la validez del acto, de la forma instrumental, si fueran nulos los respectivos instrumentos. En esta clasificación están comprendidos todos los actos nulos. Si los estudiamos separadamente, veremos que todos son susceptibles de confirmación. En el 1º, el contrato con un loco, recobrada la capacidad, puede confirmar el acto; en el 2º, cuando el tutor compra el bien del menor, llegado á la mayor edad, éste puede confirmarlo; 3º, la disposición en beneficio de un incapaz (que es uno de los casos de fraude presumido por la ley), puede quedar válida por la confirmación de los que podían reclamarla; 4º, cuando el objeto prohibido es susceptible de confirmación, si el acto fuera permitido en adelante. Hay prohibiciones temporarias y permanentes, en el 1º, como en la venta de herencia futura, el contrato puede confirmarse ocurrida la muerte de la persona cuya sucesión se ha vendido; porque la prohibición es sólo momentánea y destinada á desaparecer; en el 2º, la causa en que se funda tiene una duración indefinida de indisponibilidad, porque la prohibición de la ley, ó el orden público la reclaman permanentemente; es necesario una nueva ley que la derogue; así, el matrimonio sacrilego de las antiguas, podría confirmarse al presente. En el 5º, cuando no tuviere la forma decretada, como en la venta de un inmueble hecha por escritura privada, puede confirmarlo haciendo la escritura pública; en el 6º, si la persona existe puede confirmarlo haciendo un nuevo instrumento. De todo esto resulta que la regla establecida por Aubry y Rau, de que todas las obligaciones nulas ó rescindibles son susceptibles de confirmación, es exacta con las distinciones que acabamos de hacer.

Es condición esencial para la validez de la confirmación haber cesado la incapacidad ó el vicio que anulaba el acto, pues si continúan existiendo, inútilmente se realizarían nuevos actos, serían nulos ó anulables como el que se quiere hacer valer. Mr. Jaubret en su informe





dad ó vicio de que ella provenía, y no concurriendo ninguna otra que pueda producir la nulidad del acto de confirmación; porque si el vicio de que adolecía el acto ha desaparecido con la confirmación, de nada serviría si ésta tuviera á su vez un vicio que la anulara.

La confirmación de una obligación anulable puede tener lugar inmediatamente después de su formación, si ha cesado el vicio que la anulaba.

§ 309.—CONDICIONES Y FORMA DE LA CONFIRMACIÓN

La confirmación tiene por objeto hacer desaparecer el vicio

al Tribunado concluía con estas palabras: «¿Qué actos pueden ser confirmados? Con este motivo era necesario disertar sobre nulidades, distinguir lo que era radicalmente nulo de lo que era simplemente nulo, lo que era absolutamente nulo de lo que era relativamente nulo. Y uno se veía forzado á entrar en abstracciones... era necesario hacer cesar esa incertidumbre... una idea verdadera y simple es la de que no se pueden confirmar las convenciones á las que la ley no ha reconocido existencia; todas las otras pueden ser confirmadas... así, una convención sin objeto ó sin causa lícita no se puede confirmar; pero las obligaciones de los menores, de los interdictos, de las mujeres casadas, etc., pueden confirmarse.»—LOCRE, XII, 523 y 524, n° 24.

Es condición esencial para la validez de la confirmación que ésta se haga en un acto que no puede ser anulado, porque de otra manera la confirmación no existiría. Así, dice Freitas: «será nula ó anulable la confirmación... si fuere hecha con vicio que produzca la nulidad, porque no sería justo sustituir el vicio que se quiere borrar con otro nuevo.» Lo natural es aceptar que anulada la confirmación, y reputándose como si no hubiera tenido lugar, renazca, por decirlo así, el vicio que se quería cubrir y continúe subsistiendo; de otra manera sería darle un efecto que no ha podido producir. En el artículo siguiente se da la forma en que la confirmación debe hacerse.—Comp. GOYENA, art. 1187. FREITAS, art. 814.

Faltos de la Cdm. de Apei. de la Cap.—Aplicación del art. 1060.—Sólo puede ser confirmado un acto anulable por los que en él han intervenido; el viudo no representa á sus menores hijos herederos de su esposa en la enajenación de bienes gananciales después de disuelta la sociedad conyugal.—Jur. Civ., II, 148, Sér. 6°.



que anulaba el acto. y por consiguiente, es necesario conocerlo y tener la intención de hacerlo desaparecer.

El Código Argentino ha decidido la cuestión sobre á quien correspondía la prueba de haberse llenado esas condiciones, exigiéndola en el mismo instrumento, así dice: *la confirmación puede ser expresa ó tácita. El instrumento de confirmación expresa, debe contener, bajo pena de nulidad: 1º La sustancia del acto que se quiere confirmar; 2º El vicio de que adolecía; 3º La manifestación de la intención de repararlo (art. 1061):* de modo que si

(**Art. 1061.**) La confirmación tiene por objeto dar valor y eficacia á un acto nulo ó anulable, á diferencia del reconocimiento, que es una manera de probar la existencia de una obligación, y de la renuncia donde se abandona el derecho, y no da valor al acto. Tres condiciones son necesarias so pena de nulidad para la confirmación: 1ª Que contenga la sustancia del acto que se quiere confirmar, entendiéndose por sustancia, aquello en que consiste el acto y sin lo cual no se le conocería, como si se tratara de la locación, se debe hacer relación del precio, de la cosa y demás condiciones del contrato. Freitas, art. 815, dice: «el tenor ó por lo menos la sustancia del acto. Lo esencial es que la relación del acto se haga de modo que no pueda confundirse con otro.»

2ª El vicio ó vicios de que adolecía el acto debe hacerse constar, porque precisamente es lo que se trata de borrar por la confirmación, y de ahí ha nacido la duda de que cuando el acto contiene varios vicios y no se confirma sino uno, si habrá derecho para alegar los no contenidos en la confirmación. Todos los autores resuelven la cuestión afirmativamente, porque la confirmación como acto emanado de la voluntad toma su fuerza de la intención del que la hace. Pero si esta doctrina no presenta dificultades en teoría, ellas aparecerían en la práctica según la expresión y alcance dada á las palabras: por esa razón preferiríamos dejar su aplicación á los jueces, según cada caso. Lo esencial es que el vicio haya sido conocido del confirmante, pues si lo ignoraba no ha podido borrarlo.

La confirmación hecha en términos generales, como si se manifestara que se dan por cubiertos todos los vicios que el acto puede tener, renunciando á reclamarlo, no tendría efecto, á menos de demostrarse que el confirmante conocía todos los que anulaba el acto. La ley juzga y cubre los vicios conocidos, y exige que se conozcan en el momento de confirmarlos. ¿A quién compete la prueba de que la confirmación ha llenado las exigencias del conocimiento ó intención del vicio que anu-



el acto no contiene alguna de estas tres condiciones, quedaría como si no hubiera sido confirmado.

La forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente estableci-

labo el acto? Toullier (VIII, n° 519), piensa que el deudor está obligado á demostrar que no conocía el vicio, y Merlin que había opinado lo contrario, aceptando la crítica de Toullier, abraza su opinión, re-tractando la emitida antes; por mi parte acepto sus conclusiones. No obstante, Larombière (IV al art. 1338), sostiene que siendo una condición esencial, el conocimiento del vicio que anulaba el acto, á la cual está sujeta la eficacia de la confirmación y debiendo tener ese conocimiento en el momento de confirmarlo, corresponde la prueba al que afirma, desde que no conste del acto mismo. La confirmación sólo tiene efecto cuando la obligación puede ser válidamente confirmada; es decir, desde que el vicio fué conocido, ó cuando ha cesado la fuerza, la violencia ó el error.

3ª La intención de reparar el vicio debe manifestarse expresa y libremente, y sin ninguno de los que lo anulaban, pues no valdría si adoleciera de cualquiera de ellos. En cuanto al efecto de la confirmación, véase la nota 1065.—Comp. TOULLIER, VIII, n° 498. LAROMBIÈRE, VI, n° 54 y sig. al art. 1338 trata extensamente esta materia. ZACHARLE, § 386, texto al fin. AUBRY y RAU, § 337, texto n° 3. COLMET DE SANTERRE, V, n° 31, *Obl.*

Las tres condiciones estudiadas son esenciales para la validez de la confirmación, y sería nula si alguna dejara de existir. Cuando la confirmación se hace por instrumento en la forma indicada se llama expresa, y tácita cuando resulta de la ejecución voluntaria.

El testamento debe confirmarse reproduciendo las disposiciones del nulo, so pena de no valer, art. 3829. En la confirmación debe existir una obligación, cualquiera que sea el vicio de que adolezca el acto, sin confundir la insuficiencia de la prueba con la inexistencia del acto. ¿A quién repugna que un acto no firmado por las partes sea confirmado, si en realidad el contrato ha existido, y así lo reconocen los contratantes? Cuando el acto existe y puede ser eficaz por medio de la confirmación, adquiriendo la fuerza de una obligación civil, ese acto es confirmable, cualquiera que sea el defecto de forma que tuviere.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1061.—Cód. Francés, art. 1338—de Luisiana, 2252—Sardo, 1451. Sobre las tres condiciones, Marcadé trata especialmente en el comentario al art. 1338.

das para el acto que se confirma (art. 1062); pero esta regla no debe tomarse en un sentido absoluto, porque un acto anulable bajo firma privada, puede confirmarse en instrumento público.

Tratándose de actos en que la aceptación ha tenido lugar, la confirmación viene á ser un acto unilateral, y por esa razón la ley dice: *la confirmación, sea expresa ó tácita, no exige el concurso de la parte á cuyo favor se hace (art. 1064),* sin que esto im-

(**Art. 1062.**) En este artículo se ha suprimido una parte de capital importancia. Freitas, art. 815, de donde fué tomado, dice: «la confirmación expresa debe hacerse so pena de nulidad, por la misma especie de instrumento y con las mismas solemnidades decretadas para el acto que se confirma.» El artículo suprime el término, so pena de nulidad, y naturalmente viene á la mente la pregunta: ¿será válida la confirmación que no se hiciere en esas condiciones? La nulidad sólo se impone por mandato expreso de la ley, y es preferible dejar á la jurisprudencia la aplicación de la regla, en cada caso especial. Así, un instrumento público nulo no se podría confirmar por uno privado, en cuanto á la forma del instrumento; pero sí, tratándose del acto mismo ó de las obligaciones en él contenidas; p. e., un préstamo constante en instrumento público, nulo por no tener la firma del deudor, podría confirmarse por uno privado, reconociendo la deuda. La confirmación de un vicio en la escritura pública, sólo podría hacerse en otra escritura. En este sentido dicen Aubry y Rau, § 337, texto n° 3: «la nulidad resultante de la inobservancia de las formas prescritas para garantizar la libertad y la independencia de las partes, no puede cubrirse sino por un acto confirmativo revestido de esas formas.» La regla no es exacta en su expresión, porque un acto verbal pueden confirmarse por un documento privado, como la nulidad de éste puede cubrirse por una escritura pública; su exactitud se encuentra, refiriéndonos á ciertos actos especiales que tienen una forma determinada por el Código, y que sólo valen cuando están en esa forma, p. e., la constitución de una renta vitalicia, en una escritura nula, no puede confirmarse sino por otra escritura pública, art. 1184, n° 5.--Comp. CÓD. DE CHILE, art. 1694. FREITAS, l. c.

(**Art. 1064.**) La confirmación como acto unilateral no necesita aceptación, es un acto concluido y la parte que podría anularlo borra el vicio de que adolecía. Cuando el acto diera acción á cualquiera





porte una excepción á la regla general establecida. Así, una obligación otorgada por un menor de edad sin el consentimiento de su tutor, podrá confirmarse á la mayor edad, sin necesidad de aceptación por la otra parte.

En cuanto á la confirmación tácita que resulta de la ejecución voluntaria del acto sujeto á una acción de nulidad, necesita de las mismas condiciones de la expresa; es decir, el que la ejecuta debe conocer el vicio y tener la intención de repararlo. Aquí vuelve á presentarse la cuestión de saber á quién compete la prueba, y soy de opinión que la ejecución presupone el conocimiento del vicio, porque el error no se presume, y el que lo alega debe probarlo.

§ 310.—DE LOS EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN

El efecto natural de la confirmación es hacer inatacable el acto que antes estaba sujeto á una acción de nulidad, haciendo desaparecer el vicio ó vicios de que adolecía; de modo que si el acto fuera anulable por diversas causas, será necesario mencionar cada una de ellas especialmente, pues si faltare alguna, el acto sería anulable por la parte no confirmada.

La confirmación que quita el vicio de nulidad de que adolecía el acto jurídico, produce el efecto de hacerlo considerar como si jamás hubiera estado sujeto á una acción de nulidad, y por eso dice la ley, que *la confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, ó al día del fallecimiento*.

de las partes para demandar la nulidad, la confirmación expresa ó tácita no tendrá el efecto de ligar á la otra hasta que á su vez no la haya confirmado; pero el que la hizo no podrá retractarla. La confirmación no es una renuncia y son inaplicables los principios que rigen á esta, por eso el art. 875 no es una excepción como algunos creen.—Comp. AUBRY y RAU, § 337, texto n° 3, letra c.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1064.—La razón es porque se presume que esta parte hubiese ya dado con anticipación su adhesión á la confirmación, en el momento en que el acto fué celebrado. Véase Aubry y Rau, § 337, nota 27. —Toullier, VIII, n° 509.

to del disponente en los actos de última voluntad (art. 1065, 1ª parte); pero sólo para las partes que intervinieron en el acto. La verdad es que el acto siendo inatacable se considera que lo fué desde que tuvo lugar; pero *este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros* (art. 1065, 2ª parte) adquiridos

(Art. 1065.) El Código ha decidido una de las cuestiones más debatidas entre los juriscónsultos, respecto á los efectos de la confirmación con relación á los terceros. Unos sostenían que siendo el acto absolutamente nulo, la confirmación no podría perjudicar á los terceros sino desde el momento que tiene lugar, mientras siendo anulable, como el acto existe sujeto solamente á una acción de nulidad, una vez confirmado se retrotraía al tiempo de su celebración; los otros niegan que la confirmación pueda perjudicar á los terceros en caso alguno, habiéndose decidido el artículo por esta teoría, que es la más jurídica. Los terceros son los que han adquirido derechos antes de la confirmación, tales como servidumbre, usufructo, hipoteca, propiedad ó cualquier otro derecho real, que puedan hacer valer contra los actos del autor cuando los modifiquen, alteren ó extingan. Cuando el menor vendió un inmueble sin la autorización necesaria, y siendo mayor constituye una servidumbre sobre ese inmueble; confirmada después la venta anterior, esa confirmación no perjudicará al adquirente de la servidumbre. Esto no importa decir que los acreedores pudieran impedirle la confirmación; pues sólo pueden revocarla en los casos de fraude. Del sistema contrario resultaría lo que dice Larombière, que un deudor no podría jamás usar de sus derechos sin consultar á la masa de sus acreedores, lo que sería absurdo. Los terceros son los que tienen un derecho real en la cosa objeto de la confirmación.—Comp. AUBRY y RAU, § 337.

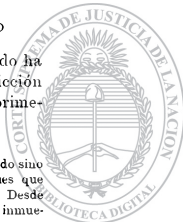
Freitas, art. 821, hace notar que la confirmación no se debe reputar como una novación, ni como transacción, porque ambos contratos son nuevos y requieren condiciones diversas.—Comp. nuestros arts. 1936, 3118.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1065.—Cód. Francés, art. 1338 al fin.—de Luisiana, 2252.—Sardo, 1451.—Marcadé, sobre el art. 1338, n.º 5.—Toullier, VIII, n.º 513 y 514.—Duranton, XIII, n.º 287 á 289.—Aubry y Rau, § 337 al final.—Así, p. e., dice este último, cuando una persona ha confirmado en la mayor edad la venta de un inmueble hecha en la minoridad, esta confirmación no tiene efecto respecto de un segundo adquirente al cual el que era menor hubiese traspasado la propiedad del inmueble siendo mayor y antes de la confirmación de la primera venta. Marcadé, en el n.º 5 citado, pone el mismo ejemplo, pero



antes de la confirmación; así, cuando el demente declarado ha vendido una propiedad raíz, y una vez levantada la interdicción vuelve á venderla á otro, la confirmación posterior de la primera venta no puede perjudicar al segundo comprador.

agrega: «Otra cosa sería respecto de los terceros que no hubiesen adquirido sino simples créditos contra el menor después de llegar á la mayor edad, pues que esos créditos no le privaban del derecho de disponer de sus bienes. Desde que el menor, ya mayor, puede privar á sus acreedores de la garantía del inmueble, por una venta que hiciera, no hay razón para que no pueda hacerlo por una confirmación de la primitiva venta. Los acreedores personales tendrían derecho para hacer revocar la confirmación, si hubiese sido hecha en fraude de sus derechos, estando insolvente el deudor.»



TÍTULO VIII

DE LOS ACTOS ILÍCITOS (*)

§ 311.—DE LO QUE SE ENTIENDE POR ACTOS ILÍCITOS

Todo habitante de la nación puede ejecutar lo que no estuviera prohibido por las leyes, y su actividad no tiene más límite que la prohibición; así, es lícito todo acto no prohibido, y son ilícitos los actos voluntarios que fueren ejecutados contra la prohibición de las leyes, edictos de policía ú ordenanzas municipales.

Los actos ilícitos pueden dividirse en acciones ú omisiones; los primeros cuando se ejecutan contra la prohibición de las leyes; los segundos cuando no se hace lo que ellas mandan.

La libertad humana no tiene más límite que la prohibición: de allí es que *ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales ó reglamentos de policía: y á ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena ó sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto (art. 1066)*; porque la libertad recobra su imperio ante el silencio de la ley.

(Art. 1066.) Los actos ilícitos comprenden en su generalidad todos los que atacan los derechos de terceros ó son prohibidos por la ley, graduándose según la intención del agente y de la autoridad que los prohíbe. Sólo la prohibición de la ley puede dar á un acto el ca-

(*) *Nota del Dr. Velez Sarsfield al Título VIII.*—' Los actos lícitos son acciones, pues que tales se consideran aún los de la expresión tácita de la voluntad. Los actos ilícitos son acciones ú omisiones. Acciones, cuando se hace lo que la ley prohíbe; omisiones, cuando no se hace lo que la ley manda. Los actos lícitos son acciones no prohibidas por la ley; los actos ilícitos siempre son acciones ú omisiones prohibidas. Los actos lícitos sólo se consideran en el derecho cuando pueden producir alguna adquisición, modificación ó extinción de los derechos ú obligaciones. En los actos ilícitos no hay distinción que hacer. Como su fin no es un fin jurídico, no son ni se llaman actos jurídicos, aunque estén determinadas sus consecuencias jurídicas. «El que me roba, dice Savigny, no se propone ciertamente venir á ser mi deudor *ex delicto*, para restituir la cosa hurtada é indemnizar todo el daño. »

Estos son los caracteres diferenciales entre los actos lícitos é ilícitos.





Las leyes son prohibitivas ó declarativas de derechos, pero el acto ejecutado contra la prohibición no será ilícito en el sentido legal si á nadie daña, ni producirá efecto, considerándose como no sucedido; por eso la ley dice: *no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado á otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que á sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa ó negligencia (art 1067)*; porque si

rácter de ilícito, en el sentido de que ella obliga á todos; pero hay corporaciones que por nuestro derecho público tienen facultad para dictar leyes locales, que sólo obligan á los que habitan una ciudad, pueblo ó villa. Las Ordenanzas Municipales son en este sentido leyes locales con arreglo á lo establecido en la ley de su creación, y tienen fuerza obligatoria para los que habitan la ciudad ó pueblo. Los decretos de los Poderes Ejecutivo Nacional ó Provincial, no tienen fuerza para dar el carácter de ilícito á un acto, á menos de estar facultados por la misma ley para imponer penas. Cuando el Código habla de leyes ordinarias ó reglamentos de policía se refiere á los que el Congreso ó Legislatura de provincia en su caso dictaren sobre esta materia. El Código Civil no legisla ni determina los hechos que importan delito, eso es materia del Código Penal; por esa razón, Freitas, art. 824, dice: «cuando los actos ilícitos fueren simultáneamente prohibidos por las leyes del Código Civil y por las del Código Penal ó por otras penales, tendrán la determinación de crímenes ó delitos.» Cuando fueren prohibitivas, teniendo una obligación preexistente, se llaman faltas según la terminología de Freitas. Debemos tener presente las disposiciones de nuestro derecho público, que considera permitido todo lo que no estuviera expresamente prohibido, de donde se debe concluir que sólo hay actos ilícitos cuando una ley los prohíbe.—Véase art. 19 y su nota, y artículos 898, 907 y 908.

(**Art. 1067.**) La primer condición es que haya daño causado, pues si el acto no lo ha producido no hay indemnización; pero si hubiere una obligación preexistente, unida á la prohibición, como una multa ó

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1066.—Las loterías permitidas y reglamentadas por autoridad competente, su juego es lícito, no obstante las prescripciones del Código Civil.—Jur. Com., IV, 440, Sér. 1°.

Es ilícito é inmoral 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. 2°.

el hecho es casual, si bien no estará exento el agente de pagar el daño, no será porque el acto se considere ilícito.

cosa semejante, se la deberá, porque el daño está representado por el interés general. El acto exterior es necesario; la intención, el deseo ó pensamiento sin manifestación externa, jamás pueden ser objeto de una prohibición ni de pena. La culpa del agente es otra de las condiciones necesarias para que haya acto punible. Respecto de la culpa véase lo dicho en la nota al art. 512. El Código habla aquí de negligencia culpable; pero como sólo hay culpa, á ella debemos referirnos. Para responder del daño causado es necesario culpa en el agente, no hay pena para el inculpaado, y sólo devuelve aquello en que se ha enriquecido, salvo las acciones que puedan ejercerse contra las personas que tuvieren á su cargo á los que obran sin discernimiento.—Comp. arts. 413, 900, 907, 908, 1647, 1893, 2009, 2147 y 3147. Véase FREITAS, art. 827.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1067.—La ley 57, Tít. 15, Part. 7ª, pone un ejemplo de un acto que no causa daño directo, sino que lo hace causar por medio de otro.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1067.—El daño producido sin dolo, culpa ni negligencia, no da derecho para exigir la reparación de los perjuicios sufridos.—Jur. Civ., I, 334, Sér. 1ª.

La declaración judicial ejecutoriada que hace responsable al demandado por los daños y perjuicios causados, no importa el reconocimiento de que ellos existen.—Jur. Com., II, 546, Sér. 1ª.

Es improcedente la demanda por indemnización de los daños y perjuicios causados por un acto ilícito ó un delito, cuando se justifica una existencia efectiva susceptible de apreciación pecuniaria.—Jur. Civ., V, 497, Sér. 1ª.

No puede reputarse delito el daño producido sin dolo, culpa ni aun negligencia.—Jur. Civ., I, 334, Sér. 1ª.

Justificada la culpa ó negligencia del autor del acto ilícito, debe ser responsabilizado por los daños y perjuicios.—Jur. Civ., II, 104, Sér. 6ª.

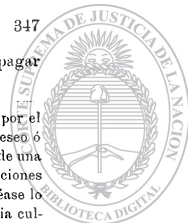
No basta comprobar la existencia del acto ilícito, debe comprobarse que causó daños y perjuicios y justificarse su monto.—Jur. Civ., II, 30, Sér. 2ª.

Justificada la culpa ó negligencia de un acto ilícito, debe ser condenado al pago de los daños y perjuicios.—Jur. Civ., XII, 214, Sér. 5ª.

Para que proceda responsabilidad por daños y perjuicios, debe justificar plenamente que el acto ilícito en que se funda la acción es imputable al demandado.—Jur. Civ., XII, 125, Sér. 6ª.

La omisión, por parte de una empresa de transporte, de medidas tendentes á prevenir el daño á terceros en sus vías, es un acto ilícito por el cual es responsable civilmente de los daños y perjuicios que haya causado.—Jur. Civ., V, 36, Sér. 3ª, III, 78, Sér. 2ª.

No puede prosperar la demanda por daños y perjuicios causados por un acto ilícito, en tanto no se justifique que el demandado es el autor del hecho en que se funda la acción.—Jur. Civ., I, 330, Sér. 5ª.





§ 312.—DE LOS DAÑOS

El que ejecutare un acto ilícito debe pagar los daños que causare, y al efecto de resarcirlos, *habrá daño siempre que se causare á otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, ó directamente en las cosas de su dominio ó posesión, ó indirectamente por el mal hecho á su persona ó á sus derechos ó facultades (art. 1068).*

(Art. 1068.) Todo acto ilícito, aunque no sea un delito, engendra la obligación de reparar el daño causado; pero para esto es necesario que el daño pueda ser apreciado pecuniariamente, pues de otra manera no habrá indemnización. El daño moral sólo debe indemnizarse en los delitos del derecho criminal, aunque nuestro Código lo extiende á los delitos del derecho civil, art. 1083. En el contrato hecho por fuerza ó violencia no se apreciará el daño moral que haya podido ocasionar al que ha sufrido el miedo, á menos de tener resultados materiales, como una conmoción cerebral, y á consecuencia de ella, la locura. Cualquier acto que ataque los derechos y facultades de la persona ó de sus bienes es susceptible de una indemnización, si es apreciable en dinero. Los casos del artículo se deben tomar como ejemplos, extendiéndolos á todos los derechos del individuo, que puedan ser lesionados por la acción externa de un tercero. El acto ilícito no supone necesariamente un daño, de ahí la necesidad de demostrarlo; y para su apreciación no se pueden establecer reglas; los jueces deberán ser guiados por las pruebas, por las condiciones en que se encontrare la persona, y por las consecuencias más ó menos permanentes del acto.—FREITAS, art. 828.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1068.— Véase LL. 1 y 6, Tít. 15, Part. 7ª.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1068.—No procede la acción de los daños y perjuicios por los derivados de la insolvencia de su deudor, contra el tercero que no resulta responsable de esa insolvencia.—T. 28, p. 52.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1068.—El que sin derecho solicitó un embargo, es responsable de los daños y perjuicios causados, pero no de las extralimitaciones cometidas por el oficial público encargado de practicar el acto.—Jur. Civ., XIV, 350, Sér. 4ª.

Los daños y perjuicios causados por un acto ilícito, reconocida su existencia, al actor corresponde la justificación plena de que los causados son consecuencia inmediata de aquel acto.—Jur. Civ., III, 50, Sér. 2ª.

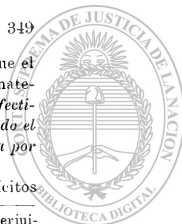
Para que haya lugar á indemnización es necesario que el daño pueda apreciarse pecuniariamente; es decir, que sea material. y para estimarlo debe *comprender, no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fué privado el damnificado por el acto ilícito, y que en el Código se designa por las palabras PÉRDIDAS É INTERESES (art. 1069).*

Para determinar la intención del agente en los actos ilícitos

(**Art. 1069.**) El acto ilícito puede producir dos efectos: el perjuicio inmediato, que los romanos llamaban *damnum emergens*, y el perjuicio futuro, que se traduce en la ganancia que se deja de percibir, *lucrum cessans*. Si por mi culpa se quema la casa de mi vecino, debo, en primer lugar, el valor del edificio, es el daño efectivo y presente; pero debo los alquileres que ganaba hasta el tiempo en que se construya otra que la reemplace: éste es el perjuicio futuro, ó sea la ganancia dejada de percibir. El perjuicio debe probarlo el que lo alega; pero muchas veces no es posible dar una demostración aproximada, sobre todo tratándose del perjuicio moral: entonces el juez debe estar facultado para estimarlo como lo ha resuelto la Corte Suprema Nacional. Los jueces deben apreciar la naturaleza de los hechos y la responsabilidad de los autores. Cuando son hechos que inutilizan á las personas para ejercer la profesión ú oficio que tenían, se debe tomar el término medio de las ganancias que podía obtener, teniendo en cuenta que con la edad disminuyen las aptitudes, tomando el término medio de la vida humana para estimar el tiempo durante el cual puede computarse el total, salvo casos especiales en que será necesario abonar mensual ó anualmente una pensión. Véase notas al 506, 512 y 519. Colnet de Santerre (V, n° 66, bis, III y IV), ha presentado una nueva teoría seguida por Demolombe, y que debemos rechazar porque no encuadra dentro de las doctrinas del Código en los arts. 902, 904 y 905. El Código hace la diferencia, como el francés, de las consecuencias previstas ó que pudieron preverse y de las que responde el que tuvo culpa; pero cuando hay dolo ó fraude debe responder además de las consecuencias mediatas, si empleando la debida atención pudo preverlas y de las casuales, cuando debieron resultar según las miras que se tuvo al ejecutar el hecho.—Comp. arts. 506, 512 y 519.

La demanda por daños y perjuicios es improcedente, mientras no se justifique la existencia del acto punible y el dolo, culpa ó negligencia del agente.—Jur. Civ., II, 55, Sér. 3°.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1069—La estimación de los per-





que no son delitos, se debe atender al momento en que se ejecuta el acto, independientemente del estado señalado de antemano á la persona; porque *no se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque hubiesen sido declarados tales en juicio, ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probase que ésta fué involuntaria (art. 1070)*;

(Art. 1070.) Este artículo establece la diferencia entre el hecho ilícito ejecutado en intervalos lúcidos por el demente declarado en juicio, de los actos jurídicos nulos aun cuando se hubieran practicado en esos instantes. Una cosa es la responsabilidad civil del daño causado, para la que basta la libre determinación del agente, y otra la de tener la capacidad para modificar, alterar ó extinguir sus derechos, y si en un caso extremo, como el del testamento, se le permite disponer de sus bienes en lúcidos intervalos, rompiendo la incapacidad, es por la circunstancia especial de tratarse de un acto final, al que se le rodea de todas las garantías para asegurarse de la integridad de sus facultades. Para hacer responsable del acto ilícito al demente declarado, es necesario demostrar que lo practicó en el uso de su razón y con la plena libertad, lo mismo que cuando hace testamento. Si la demencia no estaba declarada, para salvarse de las consecuencias del acto ilícito, es necesario demostrar no sólo su demencia actual, sino que lo estuvo cuando realizó el acto. En cuanto á la embriaguez, habría sido mejor distinguir cuándo es completa ó no, ó por lo menos definirla para evitar cuestiones. La embriaguez debe ser involuntaria y no podrá alegarla el que ordinariamente está beodo, y el que la alega para salvarse de las consecuencias, debe demostrar que fué casual. Serán cuestiones de hechos.—FREITAS, art. 834.

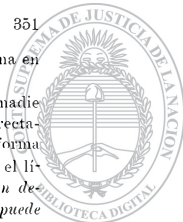
juicios queda librada al prudente arbitrio del juez, cuando hay dificultad para comprobarlos cumplidamente.—XXVII, 282.

La indemnización de los perjuicios sólo debe comprender á los inmediatos y directos, y no á los remotos é indirectos.—V, 251.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. Aplicación del art. 1069.—Declarada por sentencia ejecutoriada la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, basta á los efectos de la ley la justificación de los sufridos por parte del damnificado como consecuencia del acto ilícito.—Jur. Civ., II, 81. Sér. 3ª.

Para la fijación de la indemnización de perjuicios causados por un acto ilícito, deben tenerse en consideración los gastos, la privación de ganancias y el agravio moral, teniendo en cuenta la condición moral de la víctima.—Jur. Civ., II, 53, Sér. 5ª.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1070—Cód. de Chile, art. 2318.



porque si bien en los delitos no pueden ser pasibles de pena en sus personas, responden con sus bienes por los daños.

Se dijo que la regla de derecho constitucional de que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, regía directamente las acciones humanas; pero el Código agrega otra forma para los actos ilícitos que deslinda de una manera segura el límite de la acción individual, cuando dice: *el ejercicio de un derecho propio, ó el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto* (**art. 1071**); porque si la ley

(**Art. 1071.**) Freitas, art. 832, coloca la hipótesis de nuestro artículo, como la de los casos fortuitos ó de fuerza mayor, ó de aquellos en que el perjudicado hubiera sido la causa del hecho, entre los que eximen de culpa al que ejecuta el hecho ilícito. El ejecutor de un acto que nace de un derecho propio, no responde del daño que puede sufrir una tercera persona; pero debe comprenderse que esto excluye el derecho de tomarlo por la fuerza haciéndose justicia por sí mismo, que sólo se autoriza en los casos de despojo, repeliendo la fuerza con la fuerza, si los auxilios de la autoridad no pueden llegar á tiempo, y puede recobrar la posesión por la fuerza sin mediar intervalo. Desde el momento que se niega el derecho se debe ocurrir á la autoridad. El ejercicio del derecho de que habla el artículo es del que se está en posesión, y que puede ejercerse á pesar de las contradicciones de los terceros; si hay exceso, la responsabilidad pesará sobre el ejecutor. El que acusa de un delito mayor del cometido y perjudica al acusado es responsable del daño. Algunas veces el que ejerce un derecho propio, responde de las consecuencias que pueden resultar, como el dueño de un campo que lo incendia para quemar la paja, si á consecuencia de esto se quema el campo vecino, debe abonar los perjuicios causados. El Código Penal exime de la responsabilidad al que obra en cumplimiento de un deber, ó en el legítimo ejercicio de sus derechos, autoridad ó cargo, art. 81, n° 7; en el mismo caso se encuentra el que ejecuta un acto lícito con la debida diligencia, y hace daño por un mero accidente, ó el que obra violentado por fuerza irresistible, ó causa un mal por evitar otro mayor é irminente, á que ha sido extraño, como si en el caso de un incendio se destruyera parte de la casa para salvar la contigua. El empleado que cumple con sus deberes oficiales no es responsable del daño ocasionado á menos de un exceso de celo, ó de una

lo ha autorizado expresamente ó reconocídole un derecho, no puede hacerle responsable de su ejercicio.

extralimitación de sus facultades, según el art. 17, n° 4, del Código Penal.—Comp. arts. 911, 939 y 2514. FREITAS, art. 832, n° 2.

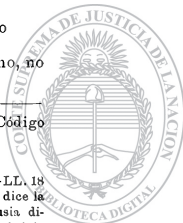
Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1071.—L. 12, Tit. 15, Part. 7°.—LL. 18 y 19, Tit. 32, Part. 3°.—L. 14, Tit. 31, Part. 7°.—*Nullus videtur dolo facere*, dice la Ley Romana, *qui suo jure utitur*.—L. 55, Dig. *De Reg. juris*. El Cód. de Prusia dice: «El que ejerce un derecho conforme á las leyes, no responde del perjuicio que resulte de este ejercicio.» *Introducción*, art. 94.

Fallos de la Cim. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 1071.*—Reconocido el derecho á la retención, la acción de daños y perjuicios fundada en ese derecho debe declararse improcedente.—Jur. Civ., X, 357, Sér. 4°.

El embargo decretado por un juez competente, no es acto ilícito, siempre que lícitamente pudiese ser decretado por otro juzgado.—Jur. Civ., II, 292, Sér. 2°.

El propietario tiene derecho de desalojar como intruso al que ocupa su propiedad sin su consentimiento, sin que este acto importe un acto ilícito.—Jur. Civ., III, 167, Sér. 3°.

El propietario que usando de un derecho propio ataca el del lindero, ocasionándole daños y perjuicios por hundimientos, debidos á las condiciones geológicas del suelo, está obligado al pago de los daños y perjuicios causados, por juramento estimatorio, si los peritos no pueden determinar fijamente su monto; y á permitir la construcción de las obras necesarias para la seguridad del edificio y á no reincidir. recargando el suelo con pesos desproporcionados que puedan producir nuevos hundimientos.—Jur. Civ., VI, 549, Sér. 2°.



CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS DELITOS

§ 313.—DE LOS DELITOS DEL DERECHO CIVIL Y DE LOS ELEMENTOS QUE LOS CONSTITUYEN

El Código Civil da una definición de la palabra delito que no se armoniza con la del Código Penal; pero como los delitos del derecho civil son actos humanos que producen obligaciones y deben figurar en un Código Civil, de ahí es que este los legisle especialmente.

El acto ilícito ejecutado á sabiendas y con intención de dañar la persona ó los derechos de otro, se llama en este Código delito (art. 1072); así, los delitos del derecho civil no constituyen

(Art. 1072.) Freitas llama delitos á los actos ilícitos que simultáneamente fueren prohibidos por el Código Civil y Penal, mientras nuestro Código Penal dice que es delito «toda acción ú omisión penada por la ley», y la definición del Código Civil debe subordinarse á esta disposición, si no queremos introducir la anarquía en la legislación. El Código Civil y Comercial no alteran el Penal, pero como es el mismo Congreso quien los dicta, si una disposición posterior viniera á derogarlo, quedaría como tal, aunque estuviera mal colocado.

El Dr. Velez Sarsfield, transcribiendo las palabras de Aubry y Rau, § 443, hace una clasificación de los delitos del derecho civil diferente de la del derecho criminal, en lo que no le acompañamos; porque la palabra delito se debe tomar en la acepción del Código Penal, que es ley posterior. Siguiendo estas ideas, titula el capítulo siguiente: *De los delitos*. Las observaciones de Aubry y Rau no pueden aplicarse entre nosotros, porque el Código Penal Argentino comprende en el capítulo de las estafas y otras defraudaciones, los delitos del derecho civil. El estelionato, que no castiga el Código Penal Francés, está penado por el art. 204 del nuestro. El elemento principal de todo delito es la intención del agente, sin ella no existe; por eso no lo comete el menor de diez años, ni el demente declarado.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1072.—La palabra delito tiene en derecho civil una significación diferente de la que tiene en el derecho criminal.





necesariamente delitos del derecho criminal, los del derecho penal no lo son del civil, porque no han causado daño, por ejemplo, la tentativa de robo que no ocasiona perjuicios.

El delito puede ser un hecho negativo ó de omisión, ó un hecho positivo (art. 1073), y toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio á otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiera la obligación de cumplir el hecho omitido (art. 1074), pues nadie está obligado á hacer lo que la ley no manda.

(Art. 1073.) El delito es un hecho humano ejecutado libremente con la intención de dañar á otro. No hay delito sin el hecho exterior por el cual se manifiesta la voluntad, porque la intención que permanece dentro de nosotros mismos, jamás lo constituye. Los hechos humanos pueden manifestarse bajo dos formas: por la acción ó por la omisión de lo que estamos obligados á hacer, y cuando hablamos de ésta no nos referimos á la falta de cumplimiento de las obligaciones civiles ó comerciales; porque no es ni puede ser un delito del derecho civil el no cumplirlas. Los hechos negativos considerados como delitos del derecho civil son los que consisten en la falta al cumplimiento de los deberes impuestos por la ley, para impedir que tales hechos se ejecuten, como se explicará en la nota siguiente.

(Art. 1074.) La regla de derecho romano dice: «*qui non fecit quod facere debet, ridetur facere adversus ea quæ non facit*», (L. 121, tit. 17, lib. 50, Dig.), y ha servido de base al Código Francés para el art. 1383. Es una regla de equidad, que ninguna legislación debe olvidar. Domat, con ese espíritu de justicia que le distingue, dice: «*Aquellos que pudiendo impedir un perjuicio, que algún deber los obligase á prevenir ó evitar y faltaren á él, podrán ser obligados según las circunstancias*», (Leyes Civiles, l. 2, tit. 8, sec. 4ª, n° 8). Para aplicar justamente la regla, es necesario buscar el deber impuesto por

En derecho civil designa toda acción ilícita por la cual una persona á sabiendas ó intencionalmente perjudica los derechos de otra. En derecho criminal designa toda infracción definida y castigada por la ley penal. No todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan los derechos de otro, p. e., el estelionato que no se castiga por la ley penal, aunque es en muchos casos un verdadero delito civil. Y recíprocamente, no todos los delitos del derecho criminal constituyen delitos civiles. La ley penal castiga actos que no hacen sino amenazar el ejercicio de ciertos derechos, aunque no haya un ataque efectivo.



Los delitos del derecho civil tienen un radio más limitado que los del criminal, porque debe buscarse el perjuicio causado; así es que *todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, ó bien se confunda con la existencia de la persona (art. 1075)*, pues todo lo que se refiera á

la ley especialmente, según las funciones que se le haya encomendado, p. e., el guardián de la seguridad pública, el comisario ó agente de la policía que permitan se cometa en su presencia un hecho punible ó dañoso, son responsables de su omisión, porque tienen la obligación de impedirlo; pero el particular que pudiendo hacerlo, ya sea usando de su fuerza, de su autoridad moral ó de la amistad, y no lo impide, no es responsable sino ante su propia conciencia por haber faltado á un deber moral. Toullier (XI, n° 117), hace responsable á los que pudieran impedir el hecho, sin obligación alguna por la ley, doctrina desechada por nuestro Código. El que por su posición estaba obligado á ejecutar un acto impidiendo ó previniendo un hecho, será, pues, responsable del perjuicio causado. AUBRY y RAU, § 444, texto. LAROMBIÈRE, V, n° 6 y 7 al art. 1382 al 1383.

(**Art. 1075.**) Cualquier derecho eventual ó actual puede ser objeto de un delito, sea con relación á los bienes ó á las personas mismas. El honor y la reputación pueden ser atacados como la libertad y seguridad; pero debe distinguirse: los actos ejecutados en cumplimiento de deberes impuestos, como los de los funcionarios que en uso de sus facultades dieren informes erróneos por los que se perjudicare á los terceros, serán responsables por los daños y perjuicios ocasionados á los acu-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1074.—Aubry y Rau, § 444.

Faltos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 1074.*—Una empresa de ferro-carril es responsable del incendio producido por las chispas desprendidas de una de sus máquinas, cuando la empresa no ha cumplido con las prescripciones relativas del reglamento del ferro-carril, y el dañado no tuvo culpa en el hecho é hizo lo posible por evitar sus consecuencias. El juez debe estimar los daños y perjuicios cuando no sea posible fijarlos exactamente.—XXIII, 50.

Faltos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 1074.*—La omisión de medidas tendientes á prevenir accidentes en los pasos á nivel, importa culpa ó negligencia y hace pasible á las empresas de ferrocarriles de los daños y perjuicios causados á los transeúntes.—Jur. Civ., IV, 277, Sér. 5ª.

Justificada la culpa ó negligencia de los empleados de la empresa, procede la indemnización por los daños y perjuicios.—Jur. Civ., II, 380, Sér. 5ª.

ésta, como el honor y la reputación, pueden ser materia de delito; es, pues, esencial que el acto ataque los derechos ajenos y cause daño.

Otro de los elementos constitutivos de los delitos del derecho civil, es la libertad; así, *para que el acto se repunte delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren (art. 1076)*; porque no tienen discerni-

sados; pero no serán pasibles de pena, si demostrasen que no tuvieron intención de dañar. Por nuestro sistema constitucional, si los miembros del Congreso, faltando á sus deberes, injuriasen ó calumniasen á los particulares en sus discursos ante la Cámara, no pueden ser molestados por ello, ni tienen obligación de responder por los perjuicios; así se les garante la libertad de la palabra.

Dos condiciones son esenciales para que haya delito: 1ª, que no use de un derecho propio ó no se cumpla con un deber; 2ª, que la acción sea el resultado de una voluntad libre para dañar á otro. Sin la intención no hay delito, pero no lo liberará de los daños y perjuicios si hubo culpa. El denunciante de un delito que resulta falso, no incurrirá en la pena sino en caso de calumnia (art. 168, Cód. Proc. Crim.); pero no lo eximirá de la responsabilidad civil. Por nuestro derecho público, los miembros de los tribunales de justicia que cometan delitos en el ejercicio de sus funciones perjudicando á las partes, responden de los daños y perjuicios, sólo después de haber sido depuestos por el Senado Nacional mediante acusación de la Cámara de Diputados; y esta resolución en nada influirá en el juicio criminal en el que podrán ser declarados inocentes los que fueron juzgados como culpables.—Comp. LAROMBIERE, V, al art. 1382 á 1383, y AUBRY y RAU, § 444, texto n.º 1.

(**Art. 1076.**) Las condiciones esenciales para la responsabilidad son: la conciencia ó el conocimiento del bien ó del mal, y la libre determinación de la voluntad. Es indudablemente una desgracia que las personas estén expuestas á la agresión de un loco, ó de un niño menor de 10 años; pero además de que rara vez dejarán de ser indemnizados por los guardadores en los casos de los arts. 273, 433, 921, 1114 á 1117,

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1075.—No puede negarse que el honor y la reputación de una persona pueden ser la materia de un delito. L. 3, Tit. 15, Part. 7ª.

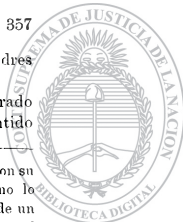


miento, y responderán los curadores del primero, y los padres ó tutores de los segundos.

Finalmente, para que haya delito, es necesario haber obrado conscientemente y con la intención de dañar, y en este sentido

sería mayor la injusticia si se obligara al inconsciente á reparar con su fortuna el daño causado sin voluntad ni discernimiento, pues no lo tiene el menor de 10 años, ni el declarado demente. El acusado de un delito, si es absuelto por haber demostrado que estaba demente en el momento de cometerlo, no puede ser condenado á los daños y perjuicios que son su consecuencia; pues si no existe delito, el hecho no puede constituir un cuasi-delito que lo someta á la reparación civil.—Comp. nuestras notas á los arts. 900 y 921.

El art. 81 del Cód. Penal exime del castigo: 1° al ejecutor, si se encontraba en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta ó beodez completa involuntaria; 2°, á los menores de diez años, á los mayores de diez y menores de quince, á no ser que hayan obrado con discernimiento; 3°, al que causa un mal por evitar otro mayor inminente, á que ha sido extraño; 4°, al que obra violentado por fuerza irresistible, física ó moral; 5°, al que ejecuta un acto lícito con la debida diligencia y causa un mal por mero accidente; 6°, al que obra en cumplimiento de un deber. ó en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad ó cargo, y finalmente, al que ejecuta el acto en defensa propia ó de sus derechos, siempre que concurran circunstancias determinadas. En todos estos casos, estando exento de pena, ¿deberá estarlo de los daños y perjuicios? Para considerarlo así, es necesario tomar los dos casos del artículo, como ejemplos, donde falta la libre determinación y la intención de dañar, armonizando su disposición con la del art. 900 y 921, y así debemos entenderlo con las excepciones indicadas en las notas anteriores. La regla general es: los actos practicados sin discernimiento, intención y libertad no producen obligación alguna, y se agrega: se reputan hechos sin discernimiento, los practicados por los que por cualquier accidente se encuentran privados del uso de su razón, en cuya designación general están comprendidos los sonámbulos y los que se encuentran en estado completo de beodez. La dificultad se encontraría en comprender á los menores de 15 años, cuando el Código Civil fija la edad de 10 para la irresponsabilidad; pero el Código Penal es posterior y reforma en esta parte el civil, aunque la pena obedece á un criterio más severo que la de los daños y perjuicios. La falta de intención no se presume sino en los casos de que por la ley son incapaces de delin-



se distinguen de los delitos del derecho criminal y de los cuasi-delitos.

§ 313.—DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO

Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare á otra persona (art. 1077); y ese daño com-

quir; así lo ha resuelto la Suprema Corte Nacional.—Véase artículos 1106 y 1107.

Los daños y perjuicios se deberán siempre por las personas capaces, aunque el hecho haya sido involuntario ó forzado por evitar un mal mayor.

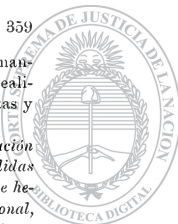
(Art. 1077.) El Dr. Velez Sarsfield se ha separado del Código Penal, en la nota al art. 1072, formando delitos del derecho civil; sin embargo, nos resistimos á seguirlo, porque introduciría la anarquía en la legislación, y nos atenemos en cuanto á delitos á lo establecido en el Código Penal. Así, cuando en un acto de propia defensa de la persona ó de la posesión, se hubiere causado un daño á otro, en que resulte haber usado de su derecho, los tribunales civiles no podrán condenarlo á daños y perjuicios. El que se ha expuesto voluntariamente al daño, no puede pretender indemnización, según la máxima: *volenti non fit injuria*; pero no se puede alegar una convención ilícita ó contra las buenas costumbres para eximirse de las responsabilidades; así, p. e., el convenio para hacerse matar, ó inutilizar por otro, no eximirá al autor de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios á los herederos, pues el suicidio es un delito, y si las leyes no lo castigan, es porque no hay sujeto pasible de pena, mas en el caso supuesto lo sería el ejecutor.—Comp. LAROMBIÈRE á los arts. 1382 y 1383, n° 31. AUBRY y RAU, § 445, texto.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1076.—Para que un acto ilícito que no puede calificarse como delito aporte responsabilidad por daños y perjuicios, debe justificarse que el autor tuvo la culpa, ó por lo menos procedió con negligencia.—Jur. Civ., X, 304, Sér. 3°.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1077.—L. 3, Tít. 15, Part. 7°.—L. 20, Tít. 4, Lib. 4, F. R.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1077.—Declarada la falsificación de una marca de fábrica, procede la acción de daños y perjuicios causados por la falsificación (art. 35, Ley de Marcas.) Entre éstos se comprenden las costas causadas en el juicio de falsificación, sin que obste que en dicho juicio no se dictó la condenación en costas.—XXIX, 24.





prenderá la pérdida real y efectiva y la privación de las ganancias que hubiese podido obtener si el hecho no se hubiere realizado; pero sólo responderá de las consecuencias inmediatas y necesarias.

Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace, no sólo comprende la indemnización de pérdidas é intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir á la persona, molestándole en su seguridad personal, ó en el goce de sus bienes, ó hiriendo sus afecciones legítimas (art. 1078), siempre que todo esto pueda ser estimado pecuniariamente.

(Art. 1078.) Siguiendo la doctrina de Aubry y Rau, de que los delitos del derecho civil son diferentes de los del criminal, el artículo determina cómo deben considerarse estos en sus consecuencias civiles, y comprende no sólo la indemnización de las pérdidas é intereses, que son el perjuicio real sufrido y las ganancias dejadas de percibir, sino el agravio moral en cuanto pueda ser susceptible de apreciación pecuniaria. Para apreciar el agravio moral, es necesario tener en cuenta las calidades de la persona ofendida, su posición social ó política y todas aquellas circunstancias que puedan servir á los jueces para determinar el perjuicio causado. — Véase AUBRY y RAU, § 445, texto.

Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que de él resulta á otro; y tal es la imposición de una contribución forzosa, impuesta á consecuencia del delito de rebelión.—XVII, 241.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1078.—L. 3, Tít. 15, Part. 7°.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 1078.—Para la fijación del monto de los daños y perjuicios causados por la clausura indebida de un establecimiento comercial, debe tenerse en cuenta el capital justificado y sólo los que sean consecuencia inmediata del hecho.—Jur. Civ., XV, 324, Sér. 4°.

Si la indemnización de daños y perjuicios se funda en un delito del derecho criminal, debe comprender, además de las pérdidas é intereses, el agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir al damnificado.—Jur. Civ., VII, 62, Sér. 5°.

El daño sólo puede ser reclamado y tenido en consideración, cuando se trata de delitos del derecho criminal.—Jur. Civ., I, 137, Sér. 6°.

Declarada la existencia del cuasi-delito del derecho civil por la absolución del acusado en el juicio criminal, los jueces deben, además de los daños y perjuicios sufridos, fijar una suma para indemnizar el agravio moral inferido al padre por la muerte de un hijo menor de edad.—Jur. Civ., VI, 406, Sér. 6°.

Justificada la culpa del demandado, nace la obligación de indemnizar el da-



Con relación á las personas que han sufrido por el delito, el que lo cometió tiene la obligación de reparar el daño causado, no sólo respecto de aquel á quien el delito ha dañado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta (art. 1079):

(Art. 1079.) Extender la disposición en términos tan generales comprendiendo á toda persona que haya sufrido por el delito, es llevarla más allá de sus límites naturales, y dar derecho á la concubina para reclamar el perjuicio que se le hubiere ocasionado por la muerte de su querido; pensamos que no se debe ir tan lejos; es necesario limitarla á aquellos parientes que tengan derecho á heredar al muerto, cuando se trata del delito de homicidio. En cuanto á los otros delitos que atacan á la persona, sólo ella será la que tenga derecho para reclamar el perjuicio, á menos de estar bajo el poder de otro, como los hijos menores ó la mujer casada. No creo que, salvo el caso de muerte, se pueda demandar perjuicios por cualquier pariente; así, el socio pariente ó interesado en negocios de comercio que sufre perjuicio evidente con la muerte de su socio ó habilitador, no puede demandar perjuicios. La máxima, por general que sea, no debe extenderse más allá, sin lanzarnos en una vía peligrosa capaz de llevarnos en sus consecuencias lógicas, hasta autorizar á la sociedad para demandar los perjuicios que sufre con la desaparición de un ser útil. Los jueces deben ser muy prudentes en autorizar esas demandas. Particularicemos. Los padres y el marido tienen acción personal por el delito cometido en sus hijos ó mujer que están bajo su poder; pero ni los hijos ni la mujer pueden deducir acción alguna por los perjuicios ocasionados á sus padres ó marido, á no ser en el delito de homicidio, en cuyo caso la acción por la indemnización se extiende á los parientes hasta el sexto grado. El hijo ó la mujer pueden demandar perjuicios por delitos cometidos contra el padre ó marido, que estuvieran bajo su curatela. Las personas en el ejercicio de una profesión que exige ciertas

no, y como tal debe ser tenido el agravio moral que sufre el padre por la muerte de su hijo, cualquiera que fuese su edad.—Jur. Civ., VI, 154, Sér. 4°.

Debe ser confirmada la suma fijada como indemnización por el agravio moral, si el Tribunal la juzga equitativa.—Jur. Civ., X, 149, Sér. 4°.

El daño causado por la muerte de un miembro de la familia, debe ser indemnizado con relación á la suma de bienestar que éste le proporcionaba con su trabajo, y corresponde á los tribunales fijar equitativamente su monto.—Jur. Civ., V, 333, Sér. 2°.



pero no se debe entender de un modo absoluto, sino con relación á aquellas personas que tengan derechos reconocidos. El marido y los padres han sufrido moralmente por las injurias hechas á su mujer é hijos, así como éstos habrían sufrido por el homicidio voluntario de sus padres, y podrían demandar por su propio derecho, la indemnización por el agravio moral.

Es por el agravio moral, sin tener en vista el interés material, que *el marido y los padres pueden reclamar pérdidas é inte-*

condiciones de aptitud y de capacidad, como los médicos, abogados, etc., ¿pueden demandar daños y perjuicios contra los que la ejercen ilegalmente? Así se ha juzgado en Francia; pero entre nosotros sería dudoso ese derecho.—Véase DALLOZ, *Rep. 1.º Medicina*, n.º 162.

La acción por daños y perjuicios es transmisible á los herederos y pueden intentarla los que tienen derecho de suceder á la víctima. Cuando el delito consiste en un ataque personal, como, p. e., la injuria ó la calumnia, los que deban sucederle no tendrán derecho para demandarla sino en el caso del art. 1099; por consiguiente, el hijo natural, como los legítimos, tienen este derecho, y cuando se trata del homicidio, es un deber, porque se considera como indigno de suceder al heredero mayor de edad, que sabiendo quién es el autor, no lo denuncia dentro de un mes, art. 3292. El principio del artículo sólo tiene su completa aplicación, cuando se trata de perjuicios materiales sufridos en los bienes, indirectamente, como sucedería en el caso de incendio ó de la introducción de animales apestados por enfermedades contagiosas, en que por hacer daño á una persona, sufrieran con ella los otros vecinos; en estos casos ú otros semejantes, sería responsables del daño indirecto. Esta es la inteligencia de la regla consagrada por el artículo.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1079.—Faustin Helie, II, 353 y siguientes—L. 3, Tit. 15, Part. 7.º.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación al art. 1079.—De todo delito se deriva la obligación de reparar el perjuicio que por él se hubiese causado á otra persona, acordándose al efecto acción civil al damnificado, independiente de la acción criminal, para obtener las indemnizaciones correspondientes, cuya estimación, tanto la ley civil como la penal, defieren al prudente arbitrio del juez.—XXIX, 148.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1079.—El damnificado por la violación de domicilio, tiene personería para gestionar la indemnización aun cuando él no sea el propietario ó su representante legal.—Jur. Civ., VII, 379, Sér. 3.º.



reses por las injurias hechas á la mujer y á los hijos (art. 1080), debiéndose estimar por el Juez, según la calidad de las personas y su posición social.

Cuando el delito fuere cometido por varias personas, la obligación de reparar el daño causado pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros ó cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal (art. 1081); reputándose como si cada uno de ellos lo hubiera cometido separadamente.

(**Art. 1080.**) Este artículo es una aplicación de los anteriores, y se tomará como uno de tantos casos; pero es condición necesaria estar bajo su poder para ejercer la acción, cuando se trate de ofensas personales, excepto el caso de homicidio. La mujer divorciada que recibe una injuria ó calumnia y no la acusa, no puede ser defendida contra su voluntad por el marido; está en el mismo caso el hijo mayor de edad. El padre que ha reconocido á su hijo natural, puede demandar los perjuicios ocasionados por el delito de que aquél fué víctima, si se encontraba bajo su poder: en caso contrario, corresponderá la acción al tutor. Y nótese que no sólo es el perjuicio moral, sino también el material que pueden demandar, cuando el delito ha perjudicado los bienes. La diferencia consiste en que, cuando se refiere á los bienes, como pertenecen á los incapaces, el resarcimiento tendrá lugar en su provecho, mientras el perjuicio moral será en beneficio de los padres. El artículo habla de las injurias, pero comprende cualquier delito como lo establecen los dos artículos anteriores. Aubry y Rau, § 445, texto, dicen: «el hijo cuyo padre ha sido víctima de un homicidio tiene derecho por sí mismo y no en su calidad de heredero, para demandar daños y perjuicios, aunque su mantenimiento fuera para él una carga, de la cual se encuentra libertado en adelante», porque si no hay perjuicio material en este caso, existe el moral que se puede apreciar. — Véase FAUSTIN HELIE, II, 353 y sig. FREITAS, arts. 3624 y 3626.

(**Art. 1081.**) Aquí se aplican los principios del derecho criminal; así, se considera autor principal al que ejecuta el delito directamente, ó presta al ejecutor la ayuda necesaria para su consumación, ó determina al ejecutor por medio de orden, consejo, comisión, promesa, recompensa ó violencia á ejecutar el delito; son cómplices los que hayan dado instrucciones para cometer el delito, ó procurado los objetos ó instrumentos de la ejecución, ó prestado ayuda en ellos, ó por consejos ú



Dos teorías se han abierto camino buscando satisfacer la justicia y la moralidad: una que divide la indemnización del daño causado por el delito entre los que lo ejecutaron, de modo que si uno de ellos pagó todo el perjuicio, podrá repetir de los demás la parte proporcional; la otra, más moral en el fondo y aceptada por el Código, establece que, *indemnizando uno de ellos todo el daño, no tendrá derecho para demandar á los otros las partes que les correspondieren* (art. 1082); porque sería ver-

otros medios fortifiquen la resolución tomada, arts. 21 y 33, Cód. Penal. La solidaridad de los autores ó cómplices no pasa á los herederos por los daños y perjuicios, sino por la parte proporcional que tuvieran en la herencia, como se dijo en el art. 712. Si uno de los herederos hubiera tomado sobre sí, por la división, la obligación de pagar los daños y perjuicios, podrá dirigirse la acción en su contra por el total, ó contra cada uno de ellos, á voluntad del damnificado; porque los deudores no pueden cambiar la forma de su responsabilidad, sin el acuerdo ó aceptación del acreedor ó acreedores. Si los damnificados demandasen el total del obligado, sin reservarse sus derechos contra los demás, se entenderá aceptada la delegación y quedarán éstos liberados. Será cuestión de hecho.—Comp. AUBRY y RAU, § 445, texto á la nota 6. MARCADÉ, al art. 1382 y 1383, n° 4. FREITAS, art. 3636 y nuestros art. 699, 753, 1661, 1945, 2067, 2281 y 3870.

(Art. 1082.) Se ha definido el delito diciendo: es el acto ilícito ejecutado á sabiendas con la intención de dañar, art. 1072. Si el ejecutor indemnizó la totalidad del perjuicio, no podrá demandar á los demás cómplices lo que les correspondiese. Habría inmoralidad en autorizar semejante acción; así dice Freitas, art. 3636, después de establecer la solidaridad entre los autores cómplices: «indemnizando uno

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1081.—Aubry y Rau, § 445.—L. 15, Tit. 15, Part. 7°.—Las heridas hechas en duelo dan acción para pedir indemnización á favor del herido ó de su familia, aunque él haya sido el provocador. Aun cuando el duelo no constituyese un delito según la ley penal, lo que no puede admitirse, constituiría sin duda un delito en el sentido del Derecho Civil.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1081.—La obligación de reparar los daños causados por el delito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él, y pasa á los herederos de éstos, que hayan aceptado la herencia.—XVII. 241.

No es responsable, como persona jurídica, de los actos ilícitos de cualquiera de los socios, ni de sus consecuencias.—XXVII, 208.



gonzoso el prestar la autoridad pública para estas divisiones que se fundan en una causa torpe. En efecto, el que ha cometido un delito auxiliado por otros, es responsable personalmente por el daño que causare, y la solidaridad creada por la ley es en beneficio del damnificado, para que pueda ser indemnizado por cualquiera de ellos.

Cuando el delito hubiera sido de robo ó hurto, además de la devolución de la cosa, deberá los daños y perjuicios acasionados.

Toda reparación del daño, sea material ó moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el Juez, salvo el caso en que hubiere lugar á la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito (art. 1083); y el

de ellos todo el daño, sólo tendrá derecho para demandar á los otros las partes que les correspondieren, salvo si el delito fué cometido con intención dolosa, caso en que ninguno de los delinquentes podrá pedir la parte de los demás». ¿Con qué derecho el asesino podría demandar á sus cómplices la parte de los perjuicios que se ha visto obligado á pagar á los herederos? ¿No habría realmente una inmoralidad en hacer servir la autoridad para dividir su responsabilidad en este caso? Nuestro Código ha seguido esta teoría, que si se presta á la crítica, no está esenta de una base moral sólida. Los que han creído que había error de imprenta, y que debía cambiarse el *no*, por el *solo*, han perdido de vista que se trataba de delitos en que el ejecutor no tiene acción alguna contra sus cómplices, y sólo en los actos ilícitos estaría justificada la corrección. Si cualquiera de los herederos del que cometió el crimen hubiera pagado la totalidad de los perjuicios, tendrá su acción para repetir de sus co-herederos la parte proporcional; porque se trata de una obligación que pesa sobre la herencia.

(Art. 1083.) Las reparaciones de honor que por la anterior legislación se permitían, quedan prohibidas. Los jueces no pueden ordenar sino reparaciones pecuniarias, y para estimar el daño moral debe tenerse en cuenta la calidad de las personas. Cuando el delito fuese sobre las cosas, como en los casos de hurto, robo, etc., restituido el ob-

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1082.—Un conato de defraudación de la renta fiscal iniciada por el vendedor y comprador de mercaderías de ultramar existentes en la aduana, no da acción al comprador para reclamar del vendedor el pago de la pena impuesta por la contravención.—XX, 393.

Juez deberá tomar en consideración la calidad de la persona para fijar el daño moral.

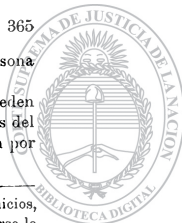
Las condenaciones á que dieren lugar los delitos, pueden ser ejecutadas con apremio personal y prisión, mientras las del derecho civil no gozan de ese privilegio, porque la prisión por deudas está suprimida.

jeto materia del delito, queda aún la acción de los daños y perjuicios, por más que de la redacción del artículo pareciera desprenderse lo contrario. Cuando el daño consiste en ataques á la persona en su libertad, seguridad, honor ó consideración, no hay otra satisfacción señalada por el derecho civil que la indemnización pecuniaria, aunque tal reparación no satisfaga las aspiraciones del damnificado. Cuando se trata del daño moral hecho por publicaciones, folletos ó libros, el dinero no es verdaderamente la indemnización que correspondería, ni la satisfacción que debe darse al ofendido; en ese caso se ordenará la supresión ó destrucción de los objetos que han servido para causar el daño. Cuando se tratare de cosas destruidas, los jueces pueden determinar la cantidad que se abonará por cada día de retardo, según las circunstancias. En principio, la reparación debe consistir en una indemnización pecuniaria, y no puede ordenarse la retractación.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1083.—Los jueces no podrán, por lo tanto, ordenar una reparación del honor, una retractación, por ejemplo.—Merlin, *Rép. Verb. Reparation d'honneur*, y *Quest. Verb. Reparat. d'injures*.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1083.—Probada la existencia del daño causado á consecuencia de un hecho ilícito, á falta de pruebas concretas sobre su importe, el juez puede apreciar éste según su recto criterio.—LVII, 338.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1083.—La suma dentro de la cual el damnificado por un acto ilícito ó cuasi-delito debe prestar el juramento estimatorio, debe ser fijada según el prudente arbitrio del juez, teniendo en cuenta las constancias de autos.—Jur. Civ., VI, 103, Sér. 4^a.



CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

§ 315.—DEL DELITO DE HOMICIDIO Y DE HERIDAS

El homicidio como delito del derecho criminal no ha debido ser objeto de la legislación civil, sino en cuanto al modo de fijar la indemnización del daño; porque se corre el peligro de colisión entre leyes diferentes sobre el mismo objeto. Debemos, pues, inclinarnos, al interpretar las disposiciones del Código Civil, á dejar la mayor amplitud en su acción al Código Penal. Así, pues, cuando el Código Civil habla del homicidio y de las heridas, es para determinar la indemnización, y en este sentido se debe tomar la disposición siguiente: *Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda é hijos del muerto, quedando á la prudencia de los Jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla (art. 1084)*; con esta espe-

(**Art. 1084.**) Los gastos de asistencia y de funeral deben ser según la condición de la persona, porque no se emplearán celebridades médicas, ni se harán honras fúnebres, que no habrían podido hacerse en la condición en que vivía. La estimación de los daños y perjuicios causados á la viuda é hijos del muerto, no será según este artículo con relación á los que aquél ganare, sino á los que sean necesarios para su subsistencia, en lo que no encontramos justicia; preferiríamos la disposición de Freitas, que da una base segura de estimación cuando la extiende á lo que el muerto podría haber ganado con su trabajo durante un tiempo probable de su vida. La disposición del artículo tiene además el inconveniente de que parece no dar derecho á la mujer é hijos sino cuando tengan necesidad para subsistir; pero no debe entenderse así, pues aunque posean bienes, la indemnización se regulará por lo que habría necesitado, dada su posición social. La disposición de Freitas tiene también el inconveniente de que si el muerto no trabajase ó no tuviere industria ó profesión, la familia no podría pe-





cialidad, que *el derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete á cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata (art. 1085, 1ª parte)*, dando facilidades al que los hubiese hecho para demandarlos del responsable del delito; mientras *la indemnización de la segunda parte del artículo, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente, y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpables del delito como autores ó cómplices, ó si no lo impidieron pudiendo hacerlo (art. 1085, 2ª parte)*; estas excepciones puede ale-

dir perjuicio alguno, lo que excluiría el derecho por el agravio moral. Los jueces podrán fijar una renta anual ó mensual, ó una cantidad total con arreglo á los principios sentados.—Véase FREITAS, art. 3643.

(**Art. 1085.**) Los que hubieren pagado los gastos de última enfermedad y los funerarios, tienen privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor, art. 3880, y para ejercerlo, basta haberlos hecho según la condición del fallecido, lo que indica el derecho de los demás acreedores para reducirlos á los límites legales. La disposición de este artículo y la del art. 3880, nº 1, son especiales, y sólo rigen los casos que comprenden. La disposición general sobre el empleo de lo útil se encuentra en el 2307. El artículo anterior está subordinado al presente con la limitación de que la indemnización debe ser con relación á la viuda é hijos del muerto y lo que necesitaren para su subsistencia. ¿A qué criterio obedecerá la indemnización para los demás herederos necesarios? Freitas, art. 3649, de donde ha sido tomada esta disposición, indica en el art. 3643, que se reduciría á las ganancias que podría el fallecido haber obtenido por su trabajo durante el tiempo probable de su vida; pero habiendo sido desechado este criterio por nuestro Código para sustituirlo por lo necesario á la subsistencia de la viuda é hijos, los demás herederos necesarios no pueden ser de mejor condición. Considero injusta la doctrina del Código y debe corre-

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1084.—Con arreglo al art. 1084 del Código Civil, los tribunales, dadas las circunstancias de cada caso, deben fijar la indemnización por daños y perjuicios procedentes de accidentes en las vías férreas.—LVI, 428 y 441.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1084.—Por el agravio moral causado por la muerte del jefe de una familia que queda en la indigencia, debe ser indemnizado en atención á la suma de bienestar que éste le proporcionaba con su trabajo, y corresponde á los tribunales fijar equitativamente su monto.—Jur. Civ., III, 230, Sér. 2ª.

garlas el que cometió el delito para rechazar la indemnización.

En los delitos de heridas debe tenerse en cuenta, no sólo el perjuicio material de no poder atender á los negocios ó trabajo habitual del herido, sino á las deformaciones con que quedase después de restablecido, y no llena todas estas exigencias el

girse en el porvenir, porque el perjuicio recibido por los herederos debe estimarse por lo que el muerto haya dejado de ganar, esto en cuanto á lo material; respecto del daño moral, se debe estimar sin tener en cuenta lo que necesitare para su subsistencia, sea mucho ó poco. Lo que se debe pagar es el perjuicio y éste no está sujeto á las necesidades del perjudicado, sino en muy raros casos. Por el Código los jueces están obligados á estimar lo que el reclamante necesitare para su subsistencia durante su vida probable, en vez de adoptar un criterio más jurídico, como habría sido el de la vida probable del muerto y lo que hubiese podido ganar. Los jueces deben modificar, según las circunstancias, esta manera de apreciar el perjuicio, cuando se tratare de un anciano. Los herederos que han repudiado la herencia no tendrán derecho para pedir indemnización. Cuando el matador hubiere fallecido y sus herederos aceptaren la herencia, responderán por los perjuicios, aunque el acto no les hubiere aprovechado. Para tener derecho á demandarlos, es necesario que no hayan sido ejecutores ó cómplices en el hecho, y según las circunstancias del caso, se reputarán tales los que pudiendo impedir el delito no lo hicieron; pero este deber no debe extenderse hasta exponer su propia vida, porque nadie puede ser obligado á ser valiente, ni penado por su pusilanimidad. El artículo comprende los casos en que se pudo demandar auxilio á la autoridad, ó descubrir el complot para asesinarlo; según las circunstancias, se debe decidir cuando se pudo ó no impedir el delito. Cuando el artículo dice, sólo podrá exigirse la indemnización por el cónyuge y herederos necesarios, ¿se debe entender que es un derecho inherente á las personas y no puede ser ejercido por los acreedores de los herederos? En la jurisprudencia francesa el punto se encuentra decidido, negando á los acreedores el derecho de intervenir en los delitos ó injurias contra la persona del deudor, que tiene perfecto derecho para perdonarlos, ó de renunciar á ellos por su silencio, y en la nuestra se debe seguir la misma doctrina.—Comp. LAROMBIÈRE, I, al art. 1166, n.º 9 y 20. DALLOZ, *Rep.* Vº, *Instr. Crim.* n.º 105. DURANTON, X, n.º 557. FREITAS, art. 3649.





(art. 1086) al decir: *si el delito fuere por heridas ú ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento*; en lo que no hay justicia, porque el enfermo, no sólo ha perdido un trabajo real y presente, sino que no es posible apreciar si lo tendrá en las mismas condiciones en el porvenir; como si á consecuencia de la herida hubiera perdido un empleo lucrativo, que no pudiera recuperar.

(Art. 1086.) Los gastos serán hechos según las condiciones de las personas, sin abonarse los excesivos, como el de llamar celebridades médicas, etc. Las ganancias que dejó de percibir serán fáciles de estimar, cuando se trata de oficios donde se gana tanto por mes ó por día, no así cuando son profesiones liberales, en que no bastará tomar un término medio entre lo que acostumbrare á ganar. La pérdida de la clientela por la enfermedad, es una circunstancia capital que debe tomarse en cuenta. Como son cuestiones de hecho, los jueces deben tener en cuenta la posición especial del herido.

Con relación á la imposibilidad para trabajar en adelante, ó á la deformidad que resultare de la herida, y que pueda influir en el futuro en las ventajas de su posición, la ley ha guardado silencio; pero sería una injusticia manifiesta reducir el perjuicio al pago de lo que dejó de ganar hasta su completo restablecimiento, si no puede volver á su estado anterior. Así, el que perdió la mano derecha y no puede trabajar, no ha vuelto á su completo restablecimiento en el sentido del artículo, ni puede volver, y debe pagársele, no sólo la pérdida del trabajo, sino las ganancias durante el tiempo probable de su vida; así lo establece Freitas, art- 3644, n° 3, y lo exige la justicia.

En cuanto á la deformidad, si quedara tuerto, jorobado, etc., y fuera soltero influiría de una manera decisiva sobre su posición personal en el porvenir, y sería justísima una indemnización por estas causas, aplicando entonces el art. 1083, para la indemnización del daño. La prudencia y circunspección de los jueces deben llenar este vacío, teniendo en cuenta los casos especiales. El artículo debe reformarse en este sentido, estableciendo la verdadera doctrina. El completo restablecimiento, se debe entender que es la vuelta á su anterior estado; es decir, cuando se haya curado volviendo á su integridad personal; es la única manera de salvar este error de doctrina, que consagraría una de las más notables injusticias.



§ 316.—DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, ESTUPRO Y RAPTO

En los delitos contra la libertad personal, se debe tener en cuenta, no sólo el tiempo que ha podido estar secuestrado el individuo, sino las consecuencias inmediatas que han seguido al secuestro, así que no llena estas condiciones el (art. 1087) al decir: *si el delito fuere contra la libertad individual, la indemnización consistirá solamente en una cantidad correspondiente á la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fué plenamente restituido á su libertad*; olvidando los accidentes naturales que el individuo ha podido sufrir en su salud, ó en la integridad de sus facultades mentales, ó en el empleo ó puesto que desempeñare. Un individuo á quien se le encierra en un paraje húmedo, ó es sometido á un tratamiento riguroso de alimentación y que contrae enfermedades, no se encontrará indemnizado con el pago de las ganancias que cesaron para él, y con mayor razón si es persona de fortuna acostumbrada á comodidades.

(Art. 1087.) Esto se debe entender con referencia á la detención privada, pues respecto á la proveniente de la autoridad por causa de la acusación ó denuncia, está sometida á otros principios. Si el que ha sido secuestrado tuviere negocio, escritorio, etc., los perjuicios se reducirán á las ganancias que ha dejado de percibir; si tiene obligaciones que le han sido protestadas, perjudicando su nombre comercial, los jueces deben tenerlas en cuenta para hacerlo indemnizar; todo debe comprenderse en la expresión de las ganancias que cesaron para el paciente. Si por la detención se ha ocasionado alguna enfermedad ó agravádose la que adolecía el detenido, también debe estimarse; son las consecuencias mediatas é inmediatas de que debe responder (artículos 903 y 904), y de las casuales cuando ha sido perjudicial por causa de hecho (art. 905). El que realiza un acto prohibido por las leyes, responde de sus consecuencias. Las disposiciones de este artículo se deben coordinar con la del art. 155 del Cód. Penal. Cuando el detenido fuera menor sustraído á sus padre ó tutores, la indemnización se reducirá á los gastos hechos para buscarlo, y á la ganancia dejada de percibir, si el menor estuviere colocado á sueldo, ó si trabajare en un oficio.—FREITAS, art. 3645.



En los delitos contra el pudor ú honestidad, en el estupro ó el rapto, la apreciación es más difícil, y los Jueces deben tener mayores libertades para ejercitar su poder discrecional: así dice el (art. 1088, 1ª parte): *si el delito fuera de estupro ó de rapto, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero á la ofendida, si no hubiese contraído matrimonio con el delincuente*; debiendo apreciarse el daño según la calidad de la persona, la posición social de la familia, y las consecuencias inmediatas que haya producido el delito.

La disposición (de la 1ª parte) es extensiva cuando el delito fuere de cópula carnal por medio de violencias ó amenazas á cualquiera mujer honesta ó de seducción de mujer honesta menor de diez y ocho años (art. 1088, 2ª parte); no habiendo justicia en la

(Art. 1088.) Estos artículos se refieren á los delitos del derecho criminal: homicidio, heridas, detención privada, rapto, estupro, calumnia, injuria y acusación calumniosa, y debe tenerse en cuenta las disposiciones del Cód. Penal; así, el rapto de mujer casada se castiga con Penitenciaria de tres á seis años (art. 133), y si se ejecutare con consentimiento de la mujer, con la del adulterio; sin perjuicio de las penas, tendrá lugar la indemnización pecuniaria, estimándose según la condición social, sin tener en cuenta la voluntad de la mujer. Comprende igualmente el rapto de viuda honesta ó doncella mayor de 12 años si fué ejecutado con violencia. Habrá rapto, aunque haya consentimiento, cuando la mujer fuere menor de 15 años. No habrá indemnización cuando el matrimonio se haya celebrado. Freitas, art. 3646, hace pagar una cantidad al que cometió el delito para servir de dote á la mujer, y el Código la ha suprimido, porque su espíritu es opuesto á esta institución, que no obstante da mayor libertad á la mujer tratando de igualar las cargas del matrimonio. El Código Penal, art. 127, no hace distinción, como no habría sido justo hacerla, entre la mujer honesta y la meretriz, cuando se trata de la violencia por la fuerza ó la intimidación, porque la ley debe igual amparo al débil cualquiera que sea su condición; del mismo modo se considera violación á la aproximación sexual con mujer privada de su razón ó de sentido. La aproximación sexual por medio de la fuerza ó de la amenaza, aunque no se realice ó consume, se considera tal según el art. 127, Cód. Penal, en los casos allí señalados. Cuando se tratase de la seducción de mujer honesta menor de 17 años, se entiende que no hay lugar á indemniza-

restricción, porque la cópula por medio de la violencia debe tener la misma pena, cualquiera que sea la edad de la persona honesta.

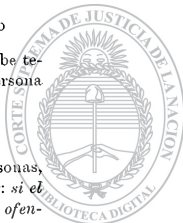
§ 317.—DE LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA

En los delitos que afectan la reputación de las personas, tampoco es satisfactoria la disposición del Código al decir: *si el delito fuere de calumnia ó de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho á exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia ó injuria le resultó algún daño efectivo ó cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación* (art. 1089);

ción, sino cuando la cópula carnal se ha realizado, como lo establece Freitas, art. 3656, de donde fué tomado el artículo.

(Art. 1089.) La calumnia es la falsa imputación de un delito que tenga obligación de acusar al Ministerio Público, art. 177, Cód. Penal; mientras la injuria consiste en deshonrar, desacreditar ó menospreciar á otro por medio de palabras ó escritos que no constituyan calumnia, ó por hechos ó acciones que no sean delitos. La calumnia admite prueba, y la responsabilidad no existe, si se demuestra el hecho imputado; la injuria no la admite. La indemnización por la calumnia ó por la injuria sólo tendrá lugar si se probare el perjuicio; este principio se puede establecer como regla general; pero habrá casos en que no será posible demostrar el perjuicio, y los jueces deben tener en cuenta la naturaleza de las funciones más ó menos delicadas y de confianza que desempeña el calumniado ó el injuriado para estimarla aproximadamente. Un corredor de bolsa, un abogado, un médico que han sido calumniados atribuyéndoles delitos en el ejercicio de sus funciones, aunque obtengan la condenación del calumniador, el perjuicio que sufrirán en el ejercicio de su profesión, que es de extrema confianza, es evidente, pero son de naturaleza tal que no pueden demostrarse, y los jueces deben estimarlos según su prudente arbitrio; esto mismo debe hacerse en el delito de injuria. Freitas, art. 3647, agrega: «podrán demandar el perjuicio los empleados en servicio de otros que por causa de la calumnia ó de la injuria perdieran su colocación ó empleo», y así debemos entenderlo.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1089.—No basta que la ley fije la obligación de indemnizar los perjuicios causados por una acu-





porque el calumniado ó injuriado siempre resultará perjudicado moralmente, y no debía exigirse una prueba material del daño, encargando á los tribunales el apreciarlo; por esa razón debe aplicarse este artículo con relación al 1078, que es general y comprende todos los casos, concediendo al injuriado ó calumniado los daños y perjuicios por el agravio moral, así como el artículo 1099, que es terminante.

Cuando la imputación calumniosa se hubiera llevado ante los tribunales promoviéndose juicio y acusación, la ley dice: *si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas ó penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este capítulo (art. 1090)*; debiendo comprenderse en el mismo caso

(Art. 1090.) En este artículo se da la razón de lo expuesto en el anterior, debiendo pagar al ofendido lo que hubiere gastado en su defensa; es decir, se reconocerán los contratos particulares hechos con los abogados ó procuradores, en cuanto no fueran exagerados; sin embargo, esta materia corresponde á las leyes de procedimientos y se tendrá en cuenta su mandato, cuando fueren contrarias á esta disposición. Las ganancias de que fué privado comprende todos los perjuicios sufridos, como lo dijimos anteriormente. Los delitos del derecho civil se han separado de los del derecho criminal, sin razón, porque la indemnización debe acompañar siempre á la pena del delito, como su consecuencia natural, y por esa razón, volviendo el Código sobre las ideas anteriores, reconoce en esta parte la relación íntima y necesaria,

sación calumniosa, es necesario justificar el monto con excepción de los producidos en la defensa que no necesitan justificación por resultar del expediente en que consta haberse cometido el delito.—Jur. Civ., VII, 179, Sér. 1ª.

La acción civil de daños y perjuicios por calumnia, es improcedente si el demandado justifica en el juicio civil la verdad de los hechos en que fundó la querrela y éstos se encuentran calificados como delitos por el derecho penal.—Jur. Civ., IX, 294, Sér. 4ª.

La falta de intención criminal y la existencia de hechos que pudieron inducir en error, sólo debe tenerse en cuenta en el juicio por calumnia, pero carecen de valor legal en el juicio civil por indemnización de daños y perjuicios.—Jur. Civ., III, 26, Sér. 3ª.

los gastos hechos para castigar la injuria, aunque el artículo guarda silencio.

sometiendo todos los delitos que se llaman impropriamente del derecho civil á la legislación criminal. La indemnización civil es sin perjuicio de las multas ó penas del derecho criminal, cuando habría sido más propio traerlas como una consecuencia del delito, si éste se persigue como lo hace en el art. 1101; exceptúanse los casos en que la acción criminal no pueda intentarse, en que se ejerce sólo la civil. Esta parte puede ser modificada por las leyes de procedimientos, y sólo quedará subsistente en los territorios nacionales y en la Capital Federal.— Véase FREITAS, art. 3648.

*Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1090.—*Procede la acción civil contra el acusador, si se produce la absolución del acusado en el proceso criminal.—Jur. Civ., III, 26, Sér. 3ª, VI, 269, Sér. 3ª.



CAPÍTULO III

DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

§ 318.—DE LOS DELITOS DE HURTO Y USURPACIÓN

El Código civil es incompleto en esta parte, como lo ha sido en casi todo este título, porque contiene disposiciones especiales sobre el hurto, olvidando el robo, que es más grave y merecería mayor pena, ó por lo menos las responsabilidades debían ser mayores; así debe comprender el robo la disposición que dice: *si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito ó fuerza mayor (art. 1091)*; pero guarda silencio sobre

(**Art. 1091.**) Han quedado sin legislar en este capítulo, los delitos de estelionato (art. 204, Cód. Penal), los de abuso de confianza (art. 203), entre los que se pueden clasificar de abuso de la firma en blanco (art. 203), los que cometen fraudes en escritura pública y todos los casos comprendidos en las estafas, los delitos de incendio y otros estragos de que hablan los arts. 208 y sig., lo que viene á demostrar la necesidad de uniformar ambas legislaciones. El delito de robo, que tampoco se encuentra legislado, puede cometerse con violencia ó intimidación, ó puede ejecutarse con escalamiento, perforación de paredes, fracturas de puertas ó de ventanas, penetrando por medio de ganzúas, llaves falsas, ó en connivencia con los sirvientes que abran las puertas sin que haya violencia ó intimidación; mientras el hurto es la sustracción clandestina del objeto sin mediar las circunstancias anteriores, arts. 187, 190, 193, Cód. Penal, ambos casos deben comprenderse en este artículo, y la devolución se hará con los frutos percibidos y los que por su culpa hubiera dejado de percibir, según el art. 2438, sacando los gastos de cultivo, cosecha ó extracción de frutos: pero no podrá retener la cosa hasta que se le hayan pagado los gastos necesarios, art. 2440. Los deterioros debe abonarlos, aunque fueren ocasionados por caso fortuito, ó se demostrase que la cosa se habría deteriorado aun en poder del dueño, como en un terremoto ó cosa semejante, porque no se concede al ladrón ese beneficio: lo mismo sucedería en el





los perjuicios que naturalmente se causan al propietario, á quien se le priva de la cosa, y de los gastos que hubiera hecho para encontrar lo hurtado; no obstante debe comprenderse en la disposición general del art. 1078 que se aplicará en todos estos casos.

Si no fuere posible la restitución de la cosa hurtada, se aplicarán las disposiciones de este capítulo sobre la indemnización del daño por destrucción total de la cosa ajena (art. 1092), con más los daños y perjuicios ocasionados, que se apreciarán por la pérdida de la ganancia y el daño efectivo.

§ 319.—DE LOS DELITOS DE USURPACIÓN Y DESTRUCCIÓN DE LA COSA

La usurpación es la simple posesión de la cosa de otro sin título alguno, y se diferencia del robo en que éste tiene lugar

caso de pérdida. La indemnización se extiende á todo el daño que los propietarios hubieran sufrido por la privación de la cosa, y el dueño debe quedar en la misma posición, como si ésta hubiera estado en su poder. — Véase nota á los arts. 2435 á 2440. — Comp. FREITAS, artículo 3650.

(**Art. 1092.**) Hay dos casos en que la reivindicación se concede sin haber adquirido la posesión: 1º, cuando el demandado se atribuye la posesión de la cosa; 2º, cuando por dolo ha dejado de poseer, en que tiene lugar la *ficta possessio*, según esta máxima: el que deja de poseer por dolo, se considera poseedor.

El dueño de la cosa hurtada ó robada puede ejercer dos acciones: una contra el poseedor de la cosa, con excepción de los casos del art. 2768 (en que debe pagar el precio, si ha sido comprada de buena fe en venta pública ó en casas donde se venden objetos semejantes); y la otra contra el que cometió el delito.

Cuando la cosa se ha enajenado fraudulentamente, el dueño tiene dos acciones igualmente; una contra el ladrón que se considera *fictus possessor*, y otra contra el adquirente *versus possessor*; la 1ª exigiendo la estimación de la cosa, y la 2ª la cosa misma. El principio enseñado en este artículo, se debe tomar con las limitaciones indicadas; el ladrón no puede defenderse con la imposibilidad de entregar la cosa.—Véase FREITAS, art. 3652, y nuestros arts. 2438 á 2440, 2768, 2769 y 2785 y su nota.



por violencia, efracción, etc., y del hurto que es la sustracción clandestina de la cosa de poder del propietario ó poseedor; así habrá usurpación, cuando encontrando la cosa abandonada la tomase, y sabiendo quién es el dueño la retuviese en su poder, ó en casos semejantes.

Freitas, art. 3653, no califica de delito la usurpación, porque en realidad no es sino una modalidad del delito, que puede llamarse abuso de confianza, estelionato, etc., según las circunstancias.

Así, cuando el Código dice: *si el delito fuere de usurpación de dinero, el delincuente pagará los intereses de plaza desde el día del delito* (art. 1093); comprende la detención de la suma sin derecho alguno, pero sin haberla sustraído. Freitas, más lógico,

(Art. 1093.) El ladrón, según este artículo, viene á estar en la misma categoría del mandatario, y en una condición superior á la del socio que toma dinero para uso propio. Este es un error que la jurisprudencia debe corregir en cuanto sea posible. La usurpación de dinero no está sujeta á los intereses legales, como lo propone Freitas (art. 3653), en lo que el Código se ha separado, con razón, porque entonces el ladrón vendría á equipararse al banquero. Debe pagar los intereses de plaza, pero no el que se concede á las mejores firmas, sino el que se exige en los préstamos hipotecarios, que siempre son más elevados; y se aplica el art. 1722 dónde el socio paga, además de los intereses, las pérdidas que se le hubiere ocasionado; el ladrón debe por lo menos estos perjuicios. El que teniendo una negociación donde debía utilizar un 25 ó 30 por ciento, y no pudo realizarla por la sustracción y que además se ve obligado á pagar la multa impuesta ó los daños y perjuicios, ¿cómo podría recibir del ladrón por toda indemnización el dinero con sus intereses, como si fuera un prestamista? Sería desconocer los principios más elementales de justicia, y por eso la regla del artículo se aplicará sólo á los casos ordinarios en que no hubiera perjuicio alguno.—Véase FREITAS, art. 3653.—Comp. art. 1722.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1093.—Las personas jurídicas tienen personería para acusar por los delitos que hayan sido víctimas.—Jur. Crim., VIII, 5, Sér. 4°.

NOTA—No pueden pedir la pena, sino los bienes de que hayan sido privados, y los daños y perjuicios; porque las personas jurídicas no son susceptibles de delitos, sino en estos.—(N. del A.)



autoriza la capitalización de los intereses cada tres meses, como una pena por la retención indebida.

Si el delito fuere de daño por destrucción de la cosa ajena, la indemnización consistirá en el pago de la cosa destruida; si la destrucción de la cosa fuera parcial, la indemnización consistirá en el pago de la diferencia de su valor actual y el valor primitivo (art. 1094); pero el propietario puede elegir el valor total abandonando la cosa.

En los delitos contra la propiedad, es necesario tener en cuenta el perjuicio inmediato que sufre el poseedor con la privación de la cosa, aun sin ser el propietario, para acordar el derecho, y es en vista de esta circunstancia que el (art. 1095)

(Art. 1094.) El valor de la cosa destruida debe estimarse por el que tenía en el día del delito, y como es necesario dar en estos casos las mismas facultades que cuando la cosa se pierde por culpa del deudor, art. 579, debemos hacer responsable al que la destruye, no sólo del valor, sino de las pérdidas é intereses ocasionados. La justicia y los principios exigen que no sea de mejor condición el que destruye á propósito una cosa, cometiendo un delito, que el obligado á entregarla cuando la destruyó sin intención de dañar, sólo por culpa ó negligencia. En los daños y perjuicios entrará, pues, el valor de afección, como lo establece Freitas. Cuando la destrucción fuera parcial, si la cosa es mueble, debe autorizarse al perjudicado para tomarla, exigiendo la diferencia entre el pago del valor actual y el primitivo, ó para abandonarla pidiendo su valor primitivo, como lo propone Freitas, art. 365, n° 2, en lo que está conforme con el art. 587 y el 581 que se deben aplicar. ¿Por qué se obligaría al perjudicado, en este caso, á recibir la cosa destruida parcialmente, y se le facultaría á rechazarla, cuando la destrucción ocurrió por culpa del deudor? Los daños y perjuicios ocasionados deben resarcirse, sea la destrucción total ó parcial, así lo exigen los principios y los arts. 581 y 587 cit. El perjudicado no debe probar que la cosa es útil, como algunos creen. El valor actual de la cosa destruida en parte, debe estimarse en el tiempo de la destrucción, y el valor primitivo por lo que valdría la cosa en el mismo tiempo, si no hubiera sufrido la destrucción parcial.—Véase FREITAS, art. 365A, n° 1, y 3755, n° 2.—Comp. nuestros arts. 506, 579, 581, 587, 905, 2274 y 2435.

(Art. 1095.) En los delitos contra la propiedad, puede ser el propietario mismo quien destruya la cosa privando á los terceros de los



dice: el derecho de exigir la indemnización del daño causado por los delitos contra la propiedad, corresponde al dueño de la cosa, al que tuviese el derecho de posesión de ella ó la simple posesión como el locatario, comodatario ó depositario; y al acreedor hipotecario, aun contra el dueño mismo de la cosa hipotecada, si éste hubiese sido el autor del daño, y también podrán ejercerlo el prendario y anticresista, para que no se disminuya la garantía, en los términos de los arts. 3157 y 3159.

derechos adquiridos, ó personas extrañas. Cuando el propietario ha transferido un derecho sobre la cosa, como si la dió en prenda, comodato ó locación, sus facultades están limitadas por los derechos concedidos, y debe pagar al poseedor los daños y perjuicios ocasionados por la destrucción, y si se estimaran, por el servicio que la cosa prestaba. Si destruyó la cosa dada en prenda no responderá de los perjuicios si pagare la deuda que garantía ó diera otra cosa igual. Si las destrucciones fueran en la cosa hipotecada, los hipotecarios podrán pedir la estimación y el depósito de lo que importen los deterioros ó un suplemento á la hipoteca, ó que se prive al deudor del beneficio del término, arts. 3158 á 3161. Cuando el daño es causado por terceros, pueden demandarlo, ó el mismo dueño, ó el que tenga el derecho de poseer, ó la simple tenencia de la cosa, como el locatario.—FREITAS, art. 3657.



CAPÍTULO IV

DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES PARA LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS DELITOS

§ 320.—DE LA ACCIÓN CIVIL Y SU RENUNCIA

El modo de ejercer en juicio las acciones destinadas á poner en movimiento el derecho, ó para defenderlo en juicio cuando es atacado, corresponde á las Provincias; pero el Código Civil llevado algunas veces por el desenvolvimiento lógico de la materia, va hasta determinar la manera de obrar; en estos casos la disposición sólo regirá en la Capital federal donde el Congreso legisla como si fuera una legislatura local.

Es necesario tener en cuenta que el derecho concedido por la ley permanecería como letra muerta, si no tuviera la acción que le da vida y lo pone en movimiento; así, pues, al lado de la declaración del derecho debe encontrarse siempre la acción pero el modo como esa acción debe obrar en juicio corresponde á la ley de proceso.

El Código Civil, incurriendo, á mi juicio, en un error de doctrina, ha separado dos acciones que debían estar unidas, para no dividir la continencia de la causa, sobre todo en los delitos del derecho criminal; y no considero acertada la disposición que dice: *la indemnización del daño causado por delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal* (**art. 1096**); prohibiendo en cierto modo la acumulación de

(**Art. 1096.**) El artículo se refiere á la división de las jurisdicciones y corresponde á las leyes de forma que dictan las provincias, como se hizo notar en la Instituta, n° 161. No es propio ni arreglado á los principios dividir un solo hecho entregando su juzgamiento á dos jurisdicciones diferentes, y si pudiera justificarse en los actos que sólo fueran delitos ó cuasi-delitos bajo la faz del derecho civil, no sería posible en lo relativo al derecho penal. Es una división impropia, porque rompe la unidad de la legislación. Un delito debe ser considerado bajo un mismo aspecto por la ley civil y la penal, y no ofrecernos la anarquía de dos legislaciones diferentes. Lo natural y lógico sería que el mis-



acciones que habría sido conveniente admitir, para no hacer dos procesos diferentes.

Siguiendo estas ideas de separación de jurisdicciones consagrada por el Código, viene como una consecuencia la disposición de que *la acción civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos durante su vida intentado la acción criminal ó por haber desistido de ella, ni se entenderá que renunciaron á la acción criminal por haber intentado la acción civil ó por haber desistido de ella. Pero*

mo juez que decide sobre el delito, regle las consecuencias que el hecho ha producido. ¿Por qué hacer dos procesos? Así como el Código ha dado preferencia á las resoluciones del juez de crimen sobre la existencia del hecho material del juicio, que no puede discutirse nuevamente, para evitar decisiones contradictorias, ha debido hacer un solo proceso. Pero corresponde á las Provincias el determinar la forma y jurisdicción, y en la capital al Congreso. Las leyes de algunas Provincias no autorizan esta doble acción, sino cuando los damnificados no han sido parte en el juicio criminal seguido de oficio. La disposición de este artículo sólo es aplicable en los territorios federales.—Véase FREITAS, art. 1096. Véase *Fallos Cám. de Apel. de la Cap.*, asunto GRILLO contra PECORI.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1096.—La acción procedente de delitos del derecho común, tiene un fuero distinto de la criminal cuando se deduce independientemente de ésta.—XLIII, 155.

La de indemnización por causa de delito, no puede entablarse ni substanciarse en un solo juicio con la criminal. En caso de haberse entablado las dos conjuntamente, debe substanciarse la criminal por ser la más importante y estar interesado en ella el bien público.—XI, 423.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1096.—El fallecimiento del procesado hace procedente el fenecimiento del juicio criminal: las indemnizaciones deben exigirse ante la jurisdicción civil á la cual deben transferirse los bienes.—Jur. Crim., IV, 229, Sér. 4°.

Las demandas por daños y perjuicios contra una empresa de ferro-carril, corresponde á la jurisdicción ordinaria.—Jur. Civ., X, 386, Sér. 6°.

El conocimiento de la acción de daños y perjuicios por la indebida declaración de quiebra, corresponde á la jurisdicción comercial.—Jur. Com., VIII, 290, Sér. 6°.

Corresponde á la jurisdicción civil el conocimiento de los demandados por indemnización de daños y perjuicios, si el demandante no ha sido acusador ante la jurisdicción criminal.—Jur. Civ., VIII, 108, Sér. 6°.

NOTA.—Una sentencia de la Cámara de lo Criminal ha resuelto que el juez de Crimen es competente para entender en la demanda por daños y perjuicios provenientes de un delito, cuya decisión consideramos acertada.—Causa de Grillo contra Pecori, año 1899. (X. del A.)



si renunciaron á la acción civil, ó hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal (art. 1097): lo que no importa establecer que la renuncia de la acción civil deba ser hecha expresamente, sino que el mero silencio ó la inacción, no importarán una renuncia; así, el hecho de renunciar á la acción criminal ó no intentarla, ó desistirse de ella, no importan la renuncia de la civil.

La acción civil podrá renunciarse tácitamente, ejecutando actos que presupongan dicha renuncia, y especialmente se tendrá por renunciada la acción criminal, si se renunció á la civil ó se transó ó arregló sobre el perjuicio causado por el delito.

Es un principio general, de que todas las acciones y derechos pasan á los herederos, de donde se deduce, que *la acción por las pérdidas é intereses que nace de un delito, puede deducirse contra los sucesores universales de los autores y cómplices, observándose, sin embargo, lo que las leyes disponen sobre la aceptación de las*

(Art. 1097.) La acción civil y la criminal pueden obrar separadamente con arreglo á las siguientes reglas: 1ª, la acción civil subsiste aunque no se haya deducido durante la vida del perjudicado, si no está prescripta; 2ª, cuando se ha desistido de la acción criminal, la civil permanece, porque es independiente de ella; 3ª, si se intentó la acción civil, cuando es permitido hacerlo, no se entiende renunciada la acción criminal; 4ª, cuando se renunció á la acción civil ó se arregló sobre el pago de los daños, se entiende renunciada la acción criminal; y para armonizar este principio con el art. 842, es necesario suponer casos determinados en que la acción criminal pueda renunciarse, como en los delitos de injurias, adulterio y otros semejantes; porque en los demás casos, la renuncia á la acción criminal no impedirá la prosecución de la acción pública, y habría verdadera inmorali dad en conceder al ofendido ó á sus herederos el derecho de detener la acción social que es concedida en mira de intereses superiores. Interpretando de esta manera el artículo, jamás se podría burlar la disposición del art. 842, que no puede ser derogada por la de este artículo.—Véase la nota al art. 842 y á FREITAS, art. 3638.

Faltos de la Crim., de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1097.—Los arreglos sobre daños causados por un delito, importan la renuncia de las acciones criminales.—Jur. Crim., VII, 75, Sér. 4ª.

herencias con beneficio de inventario (art. 1098), en que sólo responden con los bienes recibidos, sin comprometer sus propios bienes, y teniendo en cuenta que la solidaridad del causante se

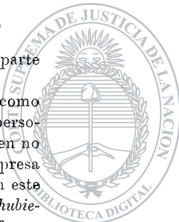
(Art. 1098.) Freitas, art. 3625, agrega: «siempre que para ellos (los herederos) se transmitan los bienes de la herencia»; porque no sería justo que el heredero respondiese con sus propios bienes de los delitos cometidos por su causante, á menos de haber aceptado la herencia conociendo la acción intentada, ó después que ésta se intentó. Como la acción civil puede deducirse contra los herederos no estando prescrita, el perjudicado podrá esperar la aceptación de la herencia, ya porque los bienes del que cometió el delito sean insuficientes ó por cualquier otra causa, entonces lo justo habría sido hacer responsable á los herederos con los bienes recibidos. En cuanto á los cómplices, se atenderá á los arts. 33 y 36 del Cód. Penal. para determinar los que se consideran tales. Aunque la obligación de indemnizar el perjuicio es solidaria para los autores ó cómplices, al ser ejercida contra los herederos se divide según la porción de cada uno; lo que no excluye la facultad de demandarse el total de la testamentaria del autor ó cómplice. Cualquiera de los sucesores no puede ser demandado por el total, como algunos lo afirman, pues sería ir contra los principios enseñados en las obligaciones solidarias, art. 712, y porque mientras no se haya dividido la testamentaria, no se debe deducir acción alguna por los perjuicios contra los herederos, sino contra la sucesión indivisa. La disposición del art. 1082, no rige para los herederos, porque la obligación es mancomunada, y como no se subroga en los derechos del acreedor, no podrá repetir lo pagado de sus co-deudores, sino del acreedor, y éste dirigirá sus acciones contra los demás herederos, á menos de una cesión, arts. 693, 769 y 1458. Véase FREITAS, art. 3625. AUBRY y RAU, § 445, texto.

En cuanto á los herederos necesarios no se deben distinguir de los sucesores universales, y responderán todos los que fueron nombrados y aceptaron la herencia pura y simplemente, y sólo con lo recibido si la aceptaron bajo beneficio de inventario.

Nota del Dr. Veles Sarsfield al art. 1098.—L. 3, Tit. 15, Part. 7ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1098.—Los herederos que han aceptado la herencia están obligados á respetar las obligaciones contraídas por su causante, y deben ser considerados jurídicamente como una misma persona.—Jur. Civ., XI, 147, Sér. 6ª.





pierde para los herederos, quienes deberán únicamente la parte que les corresponda según su porción hereditaria.

Hay delitos que sólo perjudican á la persona misma, como son la injuria, la difamación, la privación de la libertad personal y otros semejantes, en que hay conveniencia social en no hacerlos transmisibles á los herederos, sin la voluntad expresa del damnificado, porque la ley debe facilitar el perdón; en este sentido dice el **(art. 1099)**: *si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias ó la difamación, la acción no pasa á los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto*; de donde podemos deducir lógicamente, que la acción podrá deducirse, cuando el causante, aun sin haberla entablado, ordenase en su testa-

(Art. 1099.) Los daños y perjuicios que los herederos puedan demandar, son los materiales sufridos en los bienes heredados; pero respecto al perjuicio moral recibido por la persona misma, y que pudo hacer estimar durante su vida, si no lo ha reclamado, debe presumirse que no lo sufrió, ó que levantándose por encima de la injuria ó de la difamación, lo perdonó. No se debe permitir á los herederos el remover cuestiones exclusivamente personales á su causante. Habría algo de inmoralidad en permitir esta transmisión de odios. El agravio moral no pasa á los herederos, cualquiera que sea el delito; porque la palabra difamación ó injuria están colocadas como meros ejemplos, pues son el tipo de la ofensa personal; pero el agravio moral por la privación de la libertad, la molestia á la seguridad ó al uso de los bienes, son otros tantos casos en que no se debe permitir á los herederos deducir la acción de daños y perjuicios, si su causante no interpuso la demanda. Aubry y Rau, § 445, de donde ha sido tomado nuestro artículo, generaliza más el principio, al decir: «Cuando se trata de delitos contra las personas, que no hayan ocasionado sino un daño moral, como, p. e., las injurias ó la difamación, etc.», dando así á entender que comprende todo delito contra la persona; ¿qué derecho tendrían los herederos para deducir la acción civil que no intentó su causante, cuando fué herido ó privado de su libertad ó injuriado? No se encuentra en este caso la revocación de la donación por causa de ingratitud, pues los herederos pueden demandarla según el art. 1864, porque no es el daño moral el que se reclama, sino los bienes donados, si bien puede considerarse como una excepción al presente artículo.



mento á los herederos el hacerlo, pues la ley supone el perdón de la ofensa sólo cuando el ofendido no ha manifestado una voluntad contraria.

En los delitos del derecho criminal hay siempre dos acciones: una que podemos llamar personal, porque tiene por objeto la indemnización pecuniaria del daño causado, es la acción civil, y la otra que persigue la pena y el castigo del delincuente, y se puede decir que es pública, porque interesa al cuerpo social, es la que se denomina criminal. Si la acción criminal es de aquellas en que debe intervenir el Ministerio fiscal en defensa de la sociedad, la renuncia del damnificado en nada influirá sobre la prosecución del asunto; pero si se tratare de la acción por pérdidas que nacen de un delito, aunque sea de los *perdidos por el derecho criminal, se extingue* (la acción) *por la renuncia de las personas interesadas; pero la renuncia de la persona directamente damnificada no embaraza el ejercicio de la acción que puede pertenecer al esposo ó á sus padres (art. 1100)*, de donde se deduce que el marido puede renunciarla, así como el menor emancipado.

Si bien la acción civil es independiente de la criminal, es tal la importancia que el legislador acuerda á ésta, que *si la acción*

(**Art. 1100.**) La renuncia extingue la acción civil y aun la criminal, cuando son de aquellas que sólo el interesado puede acusar; de donde resulta lógicamente, que los daños y perjuicios pueden ser objeto de transacción, como se dijo en el art. 842. La acción criminal que es objeto de una acusación pública, no puede renunciarse; lo único que puede hacerse es no tomar parte en la acusación; pero si así se hubiere pactado, no impedirá que pueda hacerlo en el estado en que se encuentre el proceso. La renuncia hecha por el hijo ó la mujer que están bajo la potestad del padre ó poder del marido, en nada impedirá que éstos puedan seguir la acción, porque aquéllos son incapaces; pero no debemos equiparlos á los que han recibido el daño indirectamente, cuando el delito ha perjudicado á otros, pues tienen propio y pleno derecho para reclamarlos. Los herederos del que ha sufrido el delito no tienen derecho alguno por los daños y perjuicios, una vez que su causante los hubiera renunciado.—Véase *AUBRY* y *RAT*, § 446, texto al últ.—Comp. art. 1079.



criminal hubiere precedido á la acción civil, ó fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes:

1° *Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada ó continuada contra los respectivos herederos (art. 1001, n.º 1), porque no pudiéndose continuar el juicio criminal, la acción civil recobra su independencia.*

2° *En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada ó continuada (art. 1101, n.º 2); pero co-*

(Art. 1101.) La preferencia dada á la acción criminal se funda en una razón de consecuencia y de lógica. La acción civil por indemnización de daños y perjuicios, es en realidad consecuencia del delito, y es necesario que la autoridad que conoce de éste haya decidido sobre su existencia, para que lo accesorio pueda ejecutarse. Si no hay delito, si resulta que el hecho acusado es de aquellos que no tienen responsabilidad alguna, los daños y perjuicios se modificarán con arreglo á los arts. 903 y 906; de ahí la necesidad de esperar la resolución del juicio criminal. Como la acción civil es dependiente en este caso de la criminal, la ley no ha querido encontrarse en presencia de dos sentencias contrarias con relación al mismo hecho, evitando así un escándalo jurídico. ¿Qué objeto habría en seguir dos juicios paralelamente, si uno de ellos no puede resolverse hasta que el otro no haya quedado concluido por sentencia firme? ¿Para qué hacer una doble discusión y doble prueba sobre el mismo hecho? Por esa razón la acción civil no puede proseguirse cuando se ha iniciado la criminal; y se suspenderá si estando pendiente se intentara ésta. Y para llegar á estas conclusiones no es necesario forzar las palabras de la ley, cualquiera que sea el valor que se dé al pronombre *esta*; porque el primer caso del artículo es que la acción criminal haya precedido á la civil; el segundo, dando el natural sentido al pronombre *esta*, que se refiere á la acción civil, diríamos: si pendiente esta acción, se intentara la criminal, aquélla debería suspenderse, ó pendiente la acción criminal no puede intentarse la civil, lo cual da siempre este resultado: que la acción civil por daños y perjuicios depende de la sentencia firme en el juicio criminal, como lo enseñan los arts. 1102 y 1103. Este principio sólo reconoce una excepción; cuando la causa criminal no puede continuar, el Código siguiendo á Freitas la divide en dos: 1ª, cuando el



mo en esta parte está sujeta la acción al procedimiento que dicten las Provincias, el impedimento subsistirá; si en alguna de

acusado hubiere fallecido antes de ser juzgada la acción criminal, y como no puede continuarse la causa, la acción civil recobra su imperio y libertad, y puede proseguirse; 2^a, cuando el acusado no puede ser habido, en que el procedimiento debe suspenderse en cierto estado del juicio, y este caso ha debido preverse, porque si después aparece, puede resultar que habiéndolo encontrado culpable el juez de lo civil, lo declare inculpado el de lo criminal. En los casos de locura del procesado no hay razón para suspenderse el juicio criminal, y deberá terminarse declarándolo inculpado, si cometió el hecho en estado de enajenación mental, ó suspendiéndose la pena si la locura se produjera durante el juicio hasta que recobre la razón; pero en el primer caso la responsabilidad será de los curadores, si hubiere lugar, ó en el 2^o, el perjuicio quedará sin indemnización, porque no son responsables sino en aquello que se hubieren enriquecido. Cuando la locura fuera superviniente serían siempre responsables con los bienes. Debe entenderse que la acción civil no puede deducirse sino después de una sentencia firme del juicio criminal como lo establece Freitas. El fallo de la Corte Nacional consagra la verdadera doctrina. El art. 2488 concede la acción civil de hurto ó de robo al que fué víctima de esos delitos, esa acción puede deducirla independientemente de la criminal, lo que no altera el principio consagrado, porque se trata de entregar la cosa y no de los daños y perjuicios que no pueden demandarse sino después de juzgada la acción criminal.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1101. — El empleado contratado por año, destituido antes del año, por hechos cometidos en el ejercicio de su empleo que han motivado un juicio criminal contra él por parte del principal, no puede pedir que éste le pague los gastos hechos en el desempeño de sus funciones y el sueldo anual, mientras no esté resuelto el juicio criminal intentado. —XLV, 237.

La acción civil proveniente de un delito, no puede ser intentada pendiente la acción criminal, desde el momento que ésta se inicia. Admitir la prosecución simultánea de ambas acciones, suspendiendo solamente el fallo en lo civil, hasta después de sentenciada la criminal, sería autorizar un procedimiento inútil, y dar lugar á una doble discusión y una doble prueba sobre los mismos objetos. —XV, 325.

Las acciones que nacen de los delitos corresponden á los perjudicados contra los autores de aquellos, y pueden ser ejercidos aunque la causa criminal se suspenda por la ausencia del reo. En ese caso, el juicio en que se trata de las prestaciones civiles debe comprender la existencia del hecho imputado y la cul-



ellas se permitiera seguir el juicio en rebeldía hasta su conclusión, se esperará entonces á la resolución final.

Para impedir una doble discusión sobre el mismo hecho, haciendo imposible dos decisiones contrarias, se ha dispuesto que, *después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado (art. 1102)*; porque sería destruir el efecto de la cosa juzgada.

(**Art. 1102.**) El Código siguiendo á Freitas, art. 836, ha resuelto la gran cuestión que dividía á los jurisconsultos franceses decidiéndose por la opinión de Merlin, aunque por razones diversas. El Dr. Velez Sarsfield, siguiendo á Toullier, rechaza la cosa juzgada que Merlin encontraba, pero la ha admitido respecto del hecho, porque era necesario evitar la contradicción de dos juicios. Lo que se admite con relación al delito mismo, y en que los tribunales del crimen deben decidir, sobre si el hecho atribuido existe, y si el autor es culpable ó no, de un delito del derecho criminal, no puede permitirse en los delitos del derecho civil, cuya división hemos condenado, y en ese caso la acción

habilidad del demandado, para absolverle ó condenarle, aunque la acción civil se deduzca separadamente.—VIII, 186.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1101.—Para la resolución de la acción civil de daños y perjuicios provenientes de un delito, no es necesario la resolución de la causa criminal á que el mismo hecho haya dado origen, *si se acciona contra el tercero civilmente responsable.*—Jur. Civ., IX, 360, Sér. 3ª.

Debe ser resuelta antes la acción criminal que la civil por daños y perjuicios, si antes fué iniciada.—Jur. Civ., V, 333, Sér. 3ª.

La calificación de causal dada á la quiebra, no obsta para que los acreedores que se conceptúan defraudados puedan deducir ante Juez competente sus acciones.—Jur. Crim., V, 440, Sér. 1ª. (Véase la pág. 397 al final.)

Siempre que ha procedido la acción criminal, la civil por daños y perjuicios sólo puede resultar después de la terminación de la primera.—Jur. Civ., V, 333, Sér. 3ª.

No se paraliza la acción civil por existir una acción criminal.—Jur. Civ., VII, 472, Sér. 1ª.

La existencia del juicio criminal, no puede fundar una excepción dilatoria en el juicio civil por daños y perjuicios procedentes de un delito.—Jur. Civ., XII, 257, Sér. 4ª.

NOTA—Para explicar esta resolución que parece abiertamente contraria al artículo es necesario agregar, que si bien el juicio civil puede seguir, no puede ser fallado antes del criminal.—(N. del A.)

Los daños y perjuicios que son la consecuencia del delito, no pueden seguir un juicio diverso, sino fundándose en la sen-

queda expedita para ante los tribunales civiles, lo que dará lugar á un semillero de pleitos interminables. El ejemplo de Aubry y Rau, § 769, *bis*, texto á la nota 19, de no culpabilidad en favor del individuo acusado de haber incendiado su propia casa (que el Dr. Velez Sarsfield copia en la nota) que estaba asegurada, no se opone á que la compañía demandada por el seguro, sea admitida á probar que por falta ó negligencia del asegurado ha tenido lugar el incendio, y que ha perdido todo derecho á la indemnización; esto demuestra por lo menos que el juicio no debía de dividirse, y que el juez del crimen debería ser quien lo decidiera hasta en sus consecuencias remotas, para no dividir la continencia de la causa; pero como corresponde á la ley de forma, se seguirá lo que cada provincia determine, quedando la aplicación de lo dispuesto en el Código para los tribunales de la capital, los federales y de los territorios nacionales.

La condenación ó absolución debe ser sobre el hecho mismo, que no puede volver á ser materia de otro juicio. El juez del crimen no debe estatuir sobre cosas extrañas al delito, así no puede decidir que el hecho de que el acusado es reconocido autor, no da lugar á una condenación de daños y perjuicios. Lo que debe impedirse es que haya dos decisiones contrarias, pero en nada se expone que el acusado no sea pasible de una pena según el Cód. Penal, y sea condenado á los daños y perjuicios causados por su imprudencia. Así, el que ha sido absuelto del homicidio cometido, declarándose que fué en defensa propia, no puede ser condenado á pagar perjuicios; pero si hubo imprudencia ó negligencia, aunque fuera absuelto, respondería por los daños causados.—Véase FREITAS, art. 836.

Fallos de la S. C. N. —Aplicación del art. 1102.—La existencia de un hecho decidido en una causa criminal, no puede ser admitida á prueba nuevamente en un juicio civil.—XXIII, 143.

Es nula la sentencia dictada en juicio civil por indemnización de perjuicios, en la que un condenado en lo criminal opone las excepciones no expresadas en el art. 1102 del Código Civil, si la causa no ha sido abierta á prueba, trámite esencial del juicio.—X, 28.

El condenado por un delito, no puede impugnar el hecho que lo constituye, ni su culpabilidad, en el juicio civil que, después del criminal, se siga por la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por aquél.—X, 28.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. —Aplicación del art. 1102.—Después de la condenación en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la





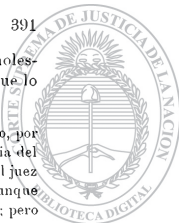
tencia dada sobre el hecho; así, *después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución (art. 1103);* sin que esto importe establecer que si el acusado

(Art. 1103.) La ley da jurisdicción al tribunal del crimen para estatuir sobre la existencia ó no existencia del hecho; pero separa la pena que el tribunal debe aplicar de las consecuencias naturales que haya producido el hecho mismo, sometiéndolo á la jurisdicción civil. En el delito de homicidio, p. e., condena ó absuelve al acusado estatuyendo que ha existido ó no el delito, pero deja al juez civil, para entender en las consecuencias del acto, aceptando la existencia del hecho que no puede volver á poner en tela de juicio, porque su sentencia firme hace cosa juzgada. Lo que el artículo dispone siguiendo á Freitas, art. 837, es que absuelto el acusado por no haber cometido el hecho que se le imputa, no puede ser objeto de un nuevo juicio civil, fundándose en que cometió el hecho, porque sería volver sobre la cosa juzgada y exponerse á un escándalo jurídico de dos decisiones contrarias; esto sólo importa cerrar la puerta para que el mismo individuo sea traído sobre el mismo hecho á un nuevo juicio, y no impide al demandante buscar y dirigir su acción contra el verdadero culpable. Absuelto Pedro del delito acusado, la acción puede dirigirse contra Pablo, que no ha sido parte en el juicio, y no puede invocar en su favor una sentencia absolutoria. Del principio consagrado por el artículo nacen las consecuencias siguientes: 1ª, que el acusado de un delito puede ser absuelto de la pena por la jurisdicción criminal; pero esta absolución no lo liberta de responder por los daños y perjuicios que hubiere causado por su imprudencia ó negligencia; porque la sentencia sólo tiene la fuerza de la cosa juzgada, y en cuanto á la existencia del delito y á la culpabilidad del individuo, hechos sobre que no se puede volver á discutir; pero tomándolos como son, pueden servir de base para una demanda de nulidad del contrato, como si se tratara de la violencia, ó

existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado.—Jur. Civ. VII, 306, Sér. 1ª.

La sentencia contradictoria en el juicio criminal, hace indiscutible la existencia del hecho generador de los daños y perjuicios y la culpabilidad del autor.—Jur. Civ., II, 218, Sér. 5ª.

Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no puede discutirse en el juicio civil la existencia del hecho que constituye el delito, ni impugnarse la culpa del autor.—Jur. Civ., II, 261, Sér. 4ª.



hubiere sido absuelto en el juicio criminal, no pueda ser molestado en el civil, porque responderá por el daño siempre que lo hubiere ocasionado por su descuido ó negligencia.

de pedir el divorcio ó la cesación de la patria potestad en su caso, por una acción civil, sin que se pueda volver á discutir la existencia del hecho reconocido por la sentencia firme; 2ª, que las decisiones del juez del crimen no pueden impedir la acción civil correspondiente, aunque se hubiera declarado irresponsable al acusado por su incapacidad; pero cuando la sentencia declarase que ha ejercido un derecho propio, no puede deducirse la acción civil; 3ª, que el demandado civilmente no puede defenderse invocando que el hecho no constituye un crimen, ni delito según la decisión del tribunal; 4ª, que la sentencia del juez del crimen declarando el delito ó la no culpabilidad del acusado, deja en completa libertad á la jurisdicción civil para decidir si hay ó no responsabilidad, con la excepción del número 2. Para que la decisión del tribunal del crimen haga cosa juzgada, es necesario que la cuestión haya sido decidida definitivamente absolviendo ó condenando al acusado: no tendrán ese carácter, como dice Freitas, art. 838, las decisiones que declararen improcedente el recurso, ó que no se pronunciare sobre la acusación.—Comp. LAROMBIÈRE, IV, al art. 1351, n° 173, y sig. AUBRY y RAU, § 769, *bis*.

Téngase presente que estos principios sólo rigen para las acciones que puedan deducirse por daños y perjuicios provenientes de delitos, siendo independiente en los demás.

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 1102 y 1103.—La influencia sobre el juicio civil de la sentencia pronunciada en el juicio criminal ha sido diversa mente apreciada por los jurisconsultos franceses. Merlin, *Quest. Verb. Faus.*, § 6, sostiene que cuando, p. e., yo demando á Pedro ante un tribunal civil la reparación de un delito por el cual ha sido condenado por un tribunal criminal, hay cosa juzgada sobre la existencia del delito y su imputación á Pedro; de modo que éste no puede pretender abrir de nuevo la cuestión para probar que él no es autor del delito, porque: 1º, hay en los dos juicios identidad de causa, pues que la base de las dos acciones es el delito cometido; 2º, identidad del objeto, porque á pesar de la diferencia de los objetos directos en los dos juicios, ambos se juzgan á los ojos de la ley tener el mismo objeto fundamental; 3º, identidad de las partes, porque el Ministerio Público es el representante de la sociedad entera y él me ha representado, aunque yo no hubiese hecho la acusación.

Toullier, X, n° 240 á 259, ha refutado el sistema de Merlin, demostrando que no hay identidad de parte, pues que el Ministerio Público, no pudiendo demandar la reparación pecuniaria del daño causado, no ha podido representar al individuo perjudicado. Y que aun suponiendo que hubiese identidad de partes, no había identidad de objeto.



Con excepción de la acción civil por daños y perjuicios provenientes de delitos, no hay razón para mantener la acción civil bajo cierta dependencia de la criminal, desde que no se trata de la acción fundada en un delito, sino en un hecho que ha causado daño á otro. En general, la acción civil y la criminal son independientes porque persiguen fines diversos, y pueden obrar

Estas dos opiniones han dividido á los juriconsultos franceses.

Puede decirse que en verdad no hay identidad de objeto. ¿Cómo decir que demandar contra Pedro el pago de veinte mil pesos ó demandarle á que se le condene á muerte, es demandar la misma cosa y el mismo objeto? Pero aunque no hay identidad de cosa en las dos demandas, ¿cómo admitir que aquel que juzgado con el mandatario de la sociedad por el hecho por el cual era acusado no había existido nunca, pueda después por el mismo hecho ser traído á juicio ante un tribunal civil? ¿Cómo admitir á la inversa que aquel que después de una defensa hecha con toda la libertad y con todas las garantías que la ley concede ha sido solemnemente condenado como autor de un delito, pueda después ante un tribunal civil sostener y llegar á establecer legalmente que el hecho no ha existido, ó que no le es imputable? Esto sería un escándalo jurídico, contrario á la razón y á la verdad que debe suponerse en los juicios concluidos.

La regla que exige las tres condiciones expuestas para que haya cosa juzgada es meramente una regla del derecho civil dada para las cuestiones de puro derecho civil, y no para aquellas que resulten de la comparación del derecho civil con el derecho criminal.

Mas si la naturaleza misma de la cosa no permite exigir, cuando se trata de la influencia de un juicio criminal sobre el civil, la reunión de las tres condiciones expuestas para reconocer la autoridad de la cosa juzgada, es preciso, sin embargo, que el punto que se pretende hallar legalmente establecido por la sentencia, sea el que esa sentencia ha decidido, y que la decisión corresponda á la jurisdicción criminal. La misión de los tribunales criminales es decidir si el hecho atribuido al acusado existe: si el inculpado es el autor y si ese hecho le es imputable según la ley penal, y como delito del derecho criminal. Los tribunales criminales, á no ser que la persona perjudicada se haya presentado en el juicio, no tienen que decidir si el hecho constituye ó no un delito del derecho civil ó un cuasi-delito. Si pues un tribunal criminal juzgara, cuando no hay parte, que el hecho de que el acusado es reconocido autor, es completamente irrepreensible, y que no puede dar lugar ni á la aplicación de una pena, ni á una condenación de daños ó intereses, la sentencia sería sin valor respecto á este último punto, y la persona perjudicada podría ocurrir ante la jurisdicción civil, y entrar en la cuestión de la existencia de un delito del derecho civil ó de un cuasi-delito, cuestión que el tribunal criminal no había tenido derecho de decidir. Así también, el que hubiese sido declarado no culpable de un incendio en su propia casa, podría sin embargo, sobre la demanda de una compañía de seguros, ser juzgado que había ocasionado el incendio por imprudencia y no tener derecho á indemnización alguna.

Es preciso además que el punto que se decida ante la jurisdicción civil, que ha sido juzgado por el tribunal criminal, sea precisamente el que este tribunal



dentro de órbitas propias sin que haya colisión; por esa razón se ha decidido que, *con excepción de los dos casos anteriores, ó de otros que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción criminal posterior, intentada sobre el mismo hecho, ó sobre otro que con él tenga relación*

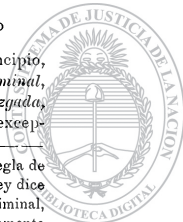
ha decidido. Así, cuando el tribunal criminal ha juzgado que el hecho atribuido á Pedro no existe, la persona que se dice dañada por ese pretendido hecho, no puede, aunque no haya sido parte en el proceso criminal, ser admitida á probar en el tribunal civil la existencia del hecho. Si el tribunal criminal, reconociendo la existencia del hecho, ha juzgado que Pedro no era el autor, es claro que la persona perjudicada no podrá perseguir á Pedro por razón de ese hecho ante el tribunal civil. Lo mismo, si el tribunal criminal, reconociendo que el hecho existe y que Pedro es el autor, ha declarado que no le es imputable, y que no hay culpabilidad en él, no se podrá establecer contra él esta misma culpabilidad ante la jurisdicción civil. Recíprocamente, si Pedro ha sido declarado culpable de un delito, y que se pide contra él, en lo civil, alguna consecuencia civil de ese delito, p. e., la revocación de una donación por ingratitud. él no podría discutir de nuevo la cuestión de culpabilidad. En estos diferentes casos el punto que se quería discutir nuevamente ante la jurisdicción civil, es el que ha decidido el tribunal criminal, y aunque la segunda acción no tenga el mismo fin que la primera, aunque el reclamante no sea el mismo, y aunque no haya ni identidad de objeto, ni identidad de partes, hay, sin embargo, cosa juzgada. La jurisdicción civil no puede declarar que no existe el hecho criminal que la jurisdicción criminal ha tenido por tal, ni juzgar inocente de ese hecho al que la otra jurisdicción ha declarado culpable. Véase Marcadé, sobre el art. 1351.—Aubry y Rau tratan extensamente la materia en el § 769. Lo mismo Bonnier, *Des Preuves*, n° 716 y siguientes.

De la influencia sobre lo civil de la cosa juzgada en lo criminal, en cuanto á la cuestión de la existencia del hecho objeto del juicio, y recíprocamente de la influencia sobre lo criminal de la cosa juzgada en lo civil, en cuanto á la existencia ó no existencia del mismo, tratan extensamente Merlin, *Rep. Verb. non bis in idem*, n° 15, *Verb. Chose jugée*, § 15, y *Verb. reparation civile*, § 2.—*Questions verb. faux*, § 6, y *Verb. reparation civile*, § 3.—Toullier, VIII, n° 30 y siguientes.—Duranton, XIII, n° 46 y siguientes. Sellyer en su tratado del Derecho Criminal, VI, desde la pág. 432, discute la opinión de los autores citados.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1103.—La prohibición de alegar en un juicio civil el hecho que fué materia del juicio criminal del cual se absolvió al demandado, no es aplicable si la acción se dirige contra los que fueren subsidiariamente responsables.—Jur. Civ., II, 99, Sér. 2°.

La absolución del procesado ante la jurisdicción criminal, no basta para eximirlo de la responsabilidad que la ley civil le impone por aquellos actos ilícitos que por su culpa ó negligencia hayan irrogado un perjuicio.—Jur. Civ., IV, 97, Sér. 4°.

La absolución del procesado en el juicio criminal, no le exime de la responsabilidad que la ley civil impone, para los actos ilícitos que por su culpa ó negligencia hayan irrogado un perjuicio.—Jur. Civ., XII, 114, Sér. 5°.



(**art. 1105**). y como una consecuencia lógica de este principio, *cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada, conservará todos sus efectos (art. 1106)*, y sólo en casos excep-

(**Art. 1105.**) Este artículo y el siguiente consagran la regla de la completa separación de ambas jurisdicciones, y aunque la ley dice en términos generales, que el juicio civil no influirá sobre el criminal, sino en los dos casos del artículo anterior, ó en los que expresamente determine el Código, es necesario estudiar si las cuestiones referentes al estado de las personas deben ser también prejudiciales como lo dispone los arts. 326 y 327 del Cód. Francés. Se trata, p. e., de una acta de nacimiento ó de un matrimonio, y lo natural sería acordar á la sentencia que declara nulas esas actas, en juicio controvertido, la autoridad de la cosa juzgada con relación al hecho de la falsedad ó validez, dando recién origen á la acción criminal; de otro modo se correría peligro de encontrarse con dos decisiones contrarias: una que juzga válido y legítimo civilmente el título atacado, otra que resuelve lo contrario y ordena el castigo del culpable. Por mi parte, considero sumamente peligroso acordar excepciones no comprendidas en la ley, y aconsejaría en casos semejantes el tener presente la resolución dictada, para conformarse con ella en cuanto sea posible y no dar el escándalo jurídico de dos sentencias contrarias. En esta parte se nota el vacío de una disposición análoga á la del Cód. Francés.—Comp. BONNIER, l. c., y los arts. 150 y sig. de nuestro Cód. Penal.

La acción civil resuelta por sentencia firme, no impide la acción criminal para castigar el delito, conservando todos los efectos la sentencia del juicio civil. Así, en el caso de robo ó hurto, la sentencia del juicio civil no podrá ser alterada por la posterior del criminal, que debe reconocerla en sus efectos.

(**Art. 1106.**) La sentencia firme dictada en el juicio civil conserva su autoridad, aunque la resolución del juez del crimen sea contraria. ¿Importa decir que pueden existir dos decisiones contrarias sobre el mismo hecho, y un título juzgado válido por la autoridad civil puede ser declarado falso y penado por la criminal? No lo creo. La acción civil no puede confundirse con la criminal, ni sobre el mismo

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1105.—La declaración de falsedad ó adulteración de un documento privado recalca en el juicio civil, no forma prueba en el juicio criminal.—Jur. Crim., II, 95, Sér. 4°.



cionales la jurisdicción criminal debe esperar la decisión de la civil.

Se llaman cuestiones prejudiciales á aquellas que paralizan toda acción hasta que no hayan sido resueltas, porque la acción criminal depende de lo juzgado por la jurisdicción civil; en este sentido dice el (**art. 1104**): *si la acción criminal depende*

hecho pueden ocurrir dos sentencias firmes en contradicción; porque el uno persigue el cumplimiento de la obligación, el otro la pena; tiene, por consiguiente, objetos diferentes, y no se encuentran ligados como en la acción de daños y perjuicios provenientes de delitos, que son sus consecuencias. El delito de falsedad, de violencia puede haberse cometido y ser castigado una vez demostrado, pero á eso se reduce la acción. Si la violencia ó la sustracción han sido alegadas como excepciones en el juicio civil y declaradas improbadas ó rechazadas, no sería justo permitirle un nuevo juicio. La cosa juzgada en lo civil no sufrirá alteración por otra acción cualquiera.—FREITAS, art. 841.

(**Art. 1104.**) La acción criminal tiene privilegio é impide la prosecución de la civil en los juicios sobre daños, y de tal manera está ligada, que cuando se ha entablado demanda civil debe suspenderse, si la acción criminal se intenta, porque se juzga primero sobre el hecho, para deducir sus consecuencias. En los demás casos, la acción civil es independiente y el presente artículo confirma la regla, consignando dos excepciones. En principio no hay razón para esta dependencia, pero como se han separado ambas acciones es necesario impedir que haya dos decisiones contrarias con la misma fuerza, y esto se evitará juzgando el uno sobre el delito y el otro sobre la devolución del objeto. Así, el que ha sido víctima del despojo, puede hacerse devolver la cosa arrebatada, sin acusar el delito y aunque se rechace ó se acepte en nada tocará á la acción civil, que es diferente. Las acciones prejudiciales son las que paralizan la acción del juez del crimen, porque la declaración sobre la existencia del hecho está reservada á

Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1106.—La absolución en el juicio criminal, no hace cosa juzgada en el juicio civil por indemnización de daños y perjuicios, fundado en el mismo hecho.—Jur. Civ., II, 95 Sér. 6°.

La falta de condena en costas, en la acusación criminal, y de pronunciamiento sobre los daños y perjuicios solicitados por el acusado, no hace cosa juzgada en la acción civil, fundada en la sentencia absolutoria.—Jur. Civ., VI, 269, Sér. 3°.

se de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes:

1° *Las que versaren sobre la validez ó nulidad de los matrimonios (art. 1104, n° 1);* porque la jurisdicción civil es exclu-

otra jurisdicción. Así, para la acción civil de daños y perjuicios provenientes de un delito, la acción criminal es prejudicial, porque no se juzga sobre ella hasta que la jurisdicción del crimen no aprecie el hecho y determine su existencia. Pero si se tratara de una letra robada, ó de un documento atacado de falso, la causa se debe juzgar civilmente, sin necesidad de esperar á la de acción del juez del crimen; admitir lo contrario, sería subordinar la jurisdicción civil á la criminal y multiplicar y eternizar los procesos; pues no hay acción civil que no pueda ser objeto de un delito. Un contrato, un acto jurídico, llevados por la vía ejecutiva, ante el juez de lo civil, serían paralizados por ser objeto de una acción criminal. Como la acción criminal no puede ser detenida sino en caso excepcional, del mismo modo la civil no debe serlo por la criminal, ambas jurisdicciones conservar su libertad de acción, porque giran en órbitas diversas, una determinando la pena y juzgando de la intención, la otra tomando el hecho y resolviendo sobre sus consecuencias civiles. En la sustracción de una letra, p. e., ejecutada civil ó comercialmente, se deducirá la excepción correspondiente en el juicio ejecutivo y si es vencido, tiene el ordinario ó puede ocurrir al juez del crimen acusando el delito; pero la decisión de cualquiera de ambos tribunales, haría cosa juzgada en adelante.

(Art. 1104, n° 1.) Las causas sobre nulidad ó validez de los matrimonios corresponden al juez de lo civil, y él las decide; si de su sentencia firme resultare algún delito, se pasará al juez del crimen para su juzgamiento y éste podrá declarar inocente al acusado, reconociendo el hecho. Esto no excluye que se pueda y deba acusar el delito de bigamia ante la jurisdicción criminal; pero si el acusado alegare que su primer matrimonio ha sido nulo, el juzgamiento de esto corresponde á la jurisdicción civil, y la causa deberá suspenderse hasta la resolución definitiva de aquella. Lo mismo se procederá en la acusación de adulterio, si se alegare que no hubo matrimonio, como en el caso del art. 144, Cód. Penal, ó que el contraído no tenía valor alguno. No puede existir delito sin la decisión de la jurisdicción civil.—FREITAS, art. 839. BONNIER. *De pruebas*, II, n° 907.



siva, y si ella declara nulo el primer matrimonio no habrá existido bigamia ó vice-versa.

2º *Las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes* (art. 1104, n° 2), en que no habrá juicio criminal si el Juez de Comercio declara inculpada ó casual la quiebra; pero la decisión del juicio civil no liga á la jurisdicción del crimen para juzgar culpable al quebrado.

(Art. 1104, n° 2.) En cuanto á la quiebra, cuando el juez de comercio encontrare indicios de culpabilidad en el quebrado, pasará todos los antecedentes al juez del crimen para que juzgue sobre la culpabilidad ó fraude. La jurisdicción criminal tiene completa libertad é independencia, porque calificará el delito según las pruebas que se le dieren, sin sujetarse al juicio comercial, art. 1541, Cód. de Com. La sentencia firme del juez de comercio mandando poner en libertad al fallido, por no encontrar indicio alguno de culpabilidad, impedirá á los acreedores el deducir acciones penales por la quiebra, art. 1542, Cód. de Comercio.

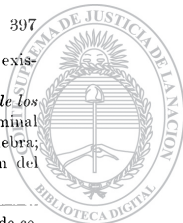
Faltos de la Crím. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 1104.—Sólo son perjudiciales las cuestiones expresamente determinadas en el Código Civil.—Jur. Crim., VIII, 296, Sér. 4º.

La acusación de defraudación del mandante al mandatario, debe sustanciarse sin que por el Juzgado Civil se resuelva el litigio sobre rendición de cuentas, que no puede clasificarse de cuestión perjudicial.—Jur. Crim., VII, 262, Sér. 2º.

La procedencia de la disposición de la ley que prohíbe la indagación de la maternidad natural, debe resolverse como perjudicial, aun cuando no se encuentre entre las excepciones designadas como dilatorias.—Jur. Civ., X, 173, Sér. 4º.

Para que proceda el juicio criminal, es prejudicial la declaratoria de quiebra del Juzgado de Comercio y su calificación.—Jur. Crim., VII, 262, Sér. 2º.

NOTA:—Esta resolución no es contraria á la que se registra en la pág. 388.—Jur. Crim., V, 440, Sér. 1º.—(N. del A.)



TÍTULO IX

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS HECHOS ILÍCITOS QUE NO SON DELITOS

§ 321.—DE LOS CUASI DELITOS

Se llama cuasi-delito á todo hecho ú omisión que cause perjuicio á otro y en que el agente no ha tenido la intención de dañar. Cuando se trata de las omisiones, para tener responsabilidad, es necesario que la persona tenga la obligación de cumplir el hecho omitido; pero *los hechos ó las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título; si no degeneran en delitos del derecho criminal (art. 1107)*, ni los actos que no sean imputables á sus autores, por ser el resultado de casos fortuitos ó de fuerza mayor.

(**Art. 1107.**) Este título se refiere á los hechos ú omisiones que son cuasi-delitos y que perjudican á otro sin tener la intención de dañar. La simple ejecución de un hecho que daña á otro le da á éste derecho para demandar el perjuicio. No se considera en esta categoría la falta de cumplimiento á las obligaciones que tienen su legislación especial; ni entran los hechos ú omisiones ejecutados por las personas que no gozan de sus facultades intelectuales, donde el hecho se puede considerar como una desgracia que no tiene reparación, como la teja que cae sobre nuestra cabeza.

El artículo comprende los hechos imputables por falta, imprudencia ó negligencia y que ocasionan daño á otro. Si las faltas cometidas en el cumplimiento de una obligación degenerasen en delitos del derecho criminal, entonces se encontrarán comprendidas en las disposiciones de este título. Cuando el perjuicio ha sido causado por la imprudencia del que lo recibe, debe culpar á su propia acción y no tendrá derecho para pedir reparación; pero si hubo imprudencia ó negligencia por ambas partes, los jueces determinarán según los casos la responsabilidad del agente.—Comp. LAROMBIÈRE, V, n° 8 al art. 1382. AUBRY y RAY, § 446, texto á la nota 7.





Para que exista cuasi-delito es necesario un hecho que dañe á otro y sea imputable á su autor, por su falta ó negligencia, de donde se deduce, que *el hecho que no cause daño á la persona que lo sufre, sino por una falta imputable á ella, no impone responsabilidad alguna* (art. 1111) y no está comprendido en-

(Art. 1111.) La ley romana dice: el que ha sufrido un daño por su propia falta no tiene derecho para quejarse; y en el ejemplo tomado de Aubry y Rau, § 446, nota 4, del que arroja á su propio terreno alguna cosa, y hiere por casualidad á una persona extraña, puede dar lugar á una acción en ciertos casos. Si el terreno no estaba cercado y era prohibido arrojar cosas semejantes, la contravención no lo hace responsable por sí sola, y es necesario averiguar quién tuvo mayor culpa ó imprudencia; pero si usó de un derecho propio al arrojar las cosas, el acto sería lícito y no deberá responder de sus consecuencias.

Cuando se habla de los cuasi-delitos se refiere sólo á los actos ilícitos que no son delitos porque les falta la intención; pero también están comprendidos los actos lícitos, que causan daño á otro, exceptuándose sólo los hechos ú omisiones en el cumplimiento de las obligaciones, que se rigen por disposiciones especiales.—Comp. arts. 119, 1125, 1128, 1130. Aubry y Rau enseñan, que no se puede considerar como cuasi-delito un hecho que no ha ocasionado perjuicio á otro, ó que sea la consecuencia una falta imputable á la misma persona perjudicada, refiriéndose á los actos lícitos en que se ejerce un derecho. No sería posible sostener la regla en presencia de un acto ilícito.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1111.—L. 203, Dig. *De reg. juris.*—Aubry y Rau ponen el caso siguiente: Si alguno, arrojando alguna cosa sobre un terreno que le pertenece, y que no está sometido á una servidumbre de paso, hiriese por casualidad á un extraño que se encontraba allí sin permiso, no comete un cuasi-delito.

Faltos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 1111.*—El hecho que causa daño por falta imputable á la persona perjudicada, no impone responsabilidad alguna.—XVI, 258.

Faltos de la Cím. de Apel. de la Cap. *Aplicación al art. 1111.*—La acción de daños y perjuicios debe ser rechazada cuando se funda en un hecho ilícito y cuyas consecuencias no prueba el actor le hayan perjudicado.—Jur. Civ., IV, 189, Sér. 1ª.

La omisión por la parte de la víctima de aquellas medidas precaucionales que pudiera evitar el accidente, arrojan sobre ella la culpa, y exime de responsabilidad á la empresa por los daños y perjuicios demandados.—Jur. Civ., VII, 328, Sér. 3.

Esta acción es improcedente si el hecho se produjo por negligencia de la víctima ó de sus guardadores.—Jur. Civ., IV, 418, Sér. 4ª.



tre los cuasi-delitos; pero lo que se dijo en *los arts. 1070, 1071, 1073, 1074, 1075 y 1076, son aplicables á los actos ilícitos, hechos sin intención de causar un daño (art. 1108)*.

Toda persona que en el pleno goce de su capacidad civil *ejecuta un hecho que por su culpa ó negligencia ocasiona un daño á otro, está obligada á la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas á los delitos del derecho civil (art. 1109)*.

(**Art. 1108.**) Este título comprende los actos ilícitos ejecutados sin intención, y que producen daño á otro, ó en los que se encuentra falta ó imprudencia en el agente. No se pueden considerar como cuasi-delito los actos que causan perjuicio á otro y que son el resultado del ejercicio de un derecho, como en aquellos en que no hay voluntad en el agente; porque esos actos están libres de toda responsabilidad.

(**Art. 1109.**) Esta es una de las reglas más preciosas heredadas del derecho romano y que subsistirá mientras la justicia sea uno de los ideales de la humanidad. Por ligera ó leve que sea la falta cometida si es imputable á la persona, aunque no hubiere tenido intención de dañar, debe responder de ella; *etiam ab eo qui nocere noluit*, decía la ley romana. La ligereza, la inatención, el error, aunque sean de buena fe, traen consigo la responsabilidad consiguiente. Si una casa de comercio pide á otra de una plaza diferente los precios de tales mercaderías que desea importar, para comprarlas y hacer el negocio, si la casa preguntada indica precios mayores que los corrientes y por este informe erróneo causa un perjuicio á la importadora, debe abonarlo, aunque no hubiera tenido intención de dañar; porque la justicia impone que sufra las consecuencias de su respuesta equivocada. Mr. Bertrand de Greule, en su informe al Tribunalado Francés, decía, al explicar los fundamentos del art. 1382: «Este principio consagrado por el proyecto no admite excepción, abraza los crímenes, los errores, delitos, en una palabra, todo lo que hiere el derecho de otro; se desprende de ahí la consecuencia de la reparación del daño que sólo resulte de la negligencia ó de la imprudencia. Se podría preguntar «agrega» si esta consecuencia no es exagerada, si no hay injusticia en castigar una acción que sólo ha ocurrido por desgracia ó por debilidad, y en el cual el corazón y la intención son completamente extraños. La respuesta se encuentra en este gran principio de orden público: que la ley no debe trepidar entre el que *engaña y el que sufre*. Allí, donde se encuentra una persona que ha sufrido una pérdida, debe examinarse si ha sido posi-

El Código Civil asimila á los cuasi-delitos los casos en que una persona es responsable del daño causado, sea por otras per-

ble al autor de ese perjuicio el no causarlo, y si se encuentra ligereza ó imprudencia, debe condenarlo á la reparación del perjuicio.» Locré, XIII, n° 9; así lo enseñan uniformemente Domat, Larombière, Demolombe, Toullier y todos los comentadores franceses. Este principio se aplica á los médicos, escribanos, abogados, farmacéuticos, parteras, etc. Cada uno es responsable de sus acciones, desde que causen daño á otro, y no se puede eximir de resarcirlo porque no hayan tenido intención de causarlo, si hubo imprudencia ó alguna causa que les sea imputable.

El artículo establece la solidaridad entre los que causan el daño, y sin embargo, no es justo equiparar la responsabilidad de los que cometen un delito con los que han ocasionado el daño por negligencia y sin intención, y así lo ha comprendido el mismo Código, cuando ha aceptado el caso del art. 1121 en que no acuerda la solidaridad para los posaderos, capitanes ó patrones de buques ó padres de familia. ¿Por qué los arquitectos responderían solidariamente en el caso del art. 1647? Pero la doctrina consagrada por el artículo equipara al culpable con el inocente.—Comp. AUBRY y RAU, § 446, y nuestros arts. 1121, 1647, 3147 y 3402.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1109.—L. 6, Tít. 15, Part. 7°.—La Ley Romana dice: *dammum culpa datum etiam ab eo qui nocere noluit*, L. 5, Tít. 2, Lib. 9, Dig.—Cód. Francés, arts. 1382 y 1383.—de Nápoles, 1336 y 1337.—Sardo, 1500 y 1501.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1109.—La negativa de entrega sin justa causa, por parte de los agentes del buque, de las mercaderías conducidas, les hace responsables de los daños y perjuicios á favor del cargador. No es justa causa la exigencia de un sobre-flete por los gastos de cuarentena ordinaria.—XXXIII, 348.

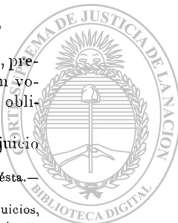
La demanda fundada en una patente nula, hace responsable al actor de los perjuicios que en su consecuencia haya sufrido el demandado (art. 51, ley de patentes; art. 1109).—XLI, 394 y 399.

La falta de barrera sobre un paso á nivel de la vía ferrea, constituye una negligencia culpable en la empresa, que la responsabiliza por los daños ocurridos á consecuencia de dicha falta (art. 2, inc. 5°, Ley de Ferro-carriles de 1872;—LIII, 295.

Los daños y perjuicios causados sin derecho, deben indemnizarse. El responsable es quien por sus actos da lugar al hecho que los ocasiona.—VIII, 214.

Los buques y sus dueños, son responsables de los daños causados por culpa del capitán ó de la tripulación.—VIII, 214.

Un daño ocasionado á consecuencia de la volcadura de un carro, causado por



sonas, ó por los animales ó cosas que estén bajo su guarda, presumiendo razonablemente que la falta de esas personas, sin voluntad ni discernimiento, es imputable á los que tienen la obligación de velar sobre ellas.

En cuanto á las personas que pueden demandar el perjuicio

culpa del patrón de una chata, debe ser indemnizado por el dueño de ésta.—VIII, 214.

Siendo el demandado condenado á la indemnización de daños y perjuicios, deben contarse entre los justificados los que se ocasionen al demandante en costas judiciales para hacer declarar sus derechos.—IX, 5.

Los que debe indemnizar el deudor, son los que sean consecuencia directa é inmediata de la falta de cumplimiento del contrato.—X, 114.

Todo aquel que por sus hechos ó sin derecho, causa daño á otro, aun cuando no haya procedido con temeridad ó malicia debe resarcirlo.

Faltos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1109.—El propietario es responsable por el valor de las aguas corrientes consumidas fraudulentamente por sus inquilinos, siempre que se justifique que tenía conocimiento del hecho y lo consentía.—Jur. Civ., IV, 758, Sér. 1ª.

Todo el que ejecute un hecho que por su culpa ó negligencia ocasiona daños y perjuicios está obligado á su reparación.—Jur. Com., III, 568, Sér. 1ª.

Los perjuicios ocasionados por la suspensión de una obra, para que sea procedente la acción debe justificarse el derecho á la construcción.—Jur. Civ., VII, 482, Sér. 1ª.

La culpa de la víctima no exime á la empresa de la responsabilidad por los daños y perjuicios en que incurren por la omisión de aquellas medidas que pudieran haber evitado el accidente.—Jur. Civ., VII, 289, Sér. 3ª.

Para que la acción de daños y perjuicios sea procedente debe justificarse que el hecho en que se funda tuvo lugar por culpa del demandado.—Jur. Civ., VIII, 307, Sér. 1ª.

Los perjuicios causados por un hecho ilícito sólo son exigibles si se justifica que hubo culpa ó negligencia por parte del que los causó.—Jur. Civ., VI, 37, Sér. 1ª.

El autor de un hecho que por su culpa ó negligencia causa un daño, es responsable del perjuicio sobreviniente.—Jur. Civ., X, 81 Sér. 2ª.

Los daños y perjuicios no puede fundarlos el ejercicio de un derecho.—Jur. Civ. II, 292, Sér. 2ª.

Justificada la existencia del daño causado y la culpabilidad del autor del acto ilícito que lo produjo, su responsabilidad es ineludible.—Jur. Civ., VIII, 553, Sér. 2ª.

La omisión de medidas que tiendan á garantizar la seguridad de terceros, importa la culpa y negligencia del constructor de una obra y lo hace pasible de la indemnización de los daños y perjuicios.—Jur. Civ., VII, 320, Sér. 4ª.

El embargo indebido hace responsable, al que lo pidió, de los daños y perjuicios ocasionados ya sea á un tercero, ya al mismo ejecutado.—Jur. Civ., I, 381, Sér. 3ª.

Justificada la culpa ó negligencia del autor de un acto ilícito, debe ser condenado al pago de los daños y perjuicios que aproximadamente se justifiquen y que según el criterio judicial se le hayan causado.—Jur. Civ., I, 383, Sér. 5ª.



causado, se determinan en el (art. 1110) cuando dice: *pueda pedir esta reparación, no sólo el que es dueño ó poseedor de la cosa que ha sufrido el daño ó sus herederos, sino también el usufructuario ó el usuario, si el daño irrogase perjuicio á su derecho* (art. 1110, 1ª parte); es decir, todos los que tienen un derecho real en la cosa, como el hipotecario ó prendario.

Puede también pedirlo el que tiene la cosa con la obligación de responder de ella, pero sólo en ausencia del dueño (art. 1110, 2ª parte); porque si éste estuviera presente, á él únicamente correspondería el demandarlo, debiéndole dar aviso el tenedor de la cosa.

§ 322.—DE LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad proveniente de los actos ilícitos que no son delitos ó de las omisiones en el cumplimiento de deberes impuestos por la ley, se extiende á las personas siguientes:

(Art. 1110.) Es la acción conocida entre los romanos por *actio legis Aquiliae*, que se concedía al propietario y á todo aquel que tuviera un interés en la cosa, como un derecho real sobre ella; es en virtud de esta acción que el acreedor hipotecario puede demandar al propietario mismo, cuando hiciera daño á la cosa hipotecada; así el poseedor de la cosa, usuario, usufructuario, habitador, prendario ó anticresista por derecho propio pueden pedir el daño hecho en la cosa que les está sometida especialmente. Esta acción se concede igualmente al que ha sufrido en su persona, ó en la de su mujer é hijos sujetos bajo su poder. En cuanto á los que poseen en nombre del propietario, como el locatario, comodatario ó depositario, etc., sólo pueden deducirla cuando el dueño no estuviera presente, á diferencia que cuando es un delito pueden ejercer la acción aun contra el propietario, art. 1095. La prueba de la presencia del dueño corresponderá al que la alega. El Cód. de Chile, art. 2315, de donde fué tomado, acuerda el derecho al habitador, olvidando al prendario, hipotecario y anticresista, y el artículo que estudiamos comprende á los que tengan un derecho real sobre la cosa. El presente artículo habla de los actos ilícitos que no son delitos y el art. 1095 de los delitos, son casos diferentes.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1010.—Cód. de Chile, art. 2315.



a) Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título (art. 1112). En al-

(**Art. 1112.**) Los escribanos que hicieran una escritura nula, el anotador del registro de hipoteca ó de la propiedad, así como todos los demás empleados públicos que no gozan del beneficio del juicio político, pueden ser demandados por los hechos ú omisiones que causaren perjuicio en el ejercicio irregular de sus funciones. Hay empleados que por nuestro derecho público no son responsables sino después de haber sido desaforados. Los miembros de la administración de justicia, el Presidente de la República y sus Ministros no pueden ser demandados por los perjuicios causados en el desempeño irregular de sus funciones, sino cuando el Senado por acusación de la Cámara de Diputados los ha destituido, sometiéndolos á la jurisdicción ordinaria. Todos los demás funcionarios públicos están sometidos á la regla del artículo. Pero si obrasen en virtud de una ley inconstitucional no serán culpables, porque no tienen autoridad para desobedecerla. En esos casos, el perjudicado debe ocurrir á los tribunales, que son los guardianes de la Constitución y hacerla declarar inconstitucional en su caso.

Aquí se trata de los funcionarios públicos, en cuya categoría no se comprenden los médicos, abogados, cirujanos, etc., que ejerzan una profesión, que no es una función pública en la verdadera acepción de la palabra, como lo han creído Aubry y Rau, § 446, texto á la nota 9.

Los escribanos que desempeñan una función pública, así como los encargados del registro civil ó de hipotecas; pero no los abogados y médicos que deben regirse por la disposición del art. 1109, y es por esta razón que no encontramos fundada la crítica de que este artículo está comprendido en el citado.—Comp. art. 3147.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1112.—De los jueces y oficiales del Ministerio público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado. Véase Aubry y Rau, nota 7.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1112.—El presidente de una municipalidad es personalmente responsable por los actos irregulares que cometa en el desempeño de sus funciones, y no puede hacer valer lo dispuesto por ordenanzas municipales, cuando es contrario á las prescripciones de leyes vigentes.—II, 344.

No debe indemnización de daños y perjuicios, el comisario de una oficina de Patentes de invención que concede una que después es anulada por sentencia



guas naciones, la administración pública, como mandante, es responsable del hecho ú omisión de sus mandatarios. Se exceptúan de esta responsabilidad todos los funcionarios que por la Constitución nacional tienen fuero y no pueden ser sometidos á los tribunales por el mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, sin que previamente sean desaforados.

b) *El padre, y por su muerte, ausencia ó incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean hijos legítimos ó naturales (art. 1114);* excluyendo á los adulterinos é

(**Art. 1114.**) Este artículo parece encontrarse en colisión con el 273, y para armonizarlo algunos han creído que debía aplicarse á los menores de diez años, pero no es aceptable esa interpretación ante el art. 1117. El artículo anterior comprende en esa responsabilidad á todos los que estuvieren bajo la dependencia de otra persona; el 1122 la extiende aún á los dependientes y domésticos. ¿Por qué la limitaríamos con relación á los hijos menores de diez años? ¿Por qué los padres responderían por el hecho de un dependiente de mayor edad ejecutado en el ejercicio de las funciones encomendadas y no responderían por el de su hijo de once ó doce años? Y, ¿cómo se conciliarían ambas disposiciones? ¿A qué quedaría reducida la del art. 273? He aquí la explicación: el hecho ejecutado por el menor de diez años, que no tiene voluntad ni discernimiento, la ley lo reputa como del padre ó tutor, es un acto de responsabilidad personal propia: pero cuando pasan de esa edad, la responsabilidad no es un acto personal, sólo se extiende, porque son ejecutados por personas de cuyas acciones son

judicial, si al otorgarla no hubo culpa ó negligencia de su parte, ni faltó de una manera irregular á las obligaciones legales del cargo que desempeñaba.—XXI, 411.

No puede hacerse cargo por los daños y perjuicios al empleado que procede con sujeción á la ley y en cumplimiento de sus disposiciones.—XXXVI, 169.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 1112.—Los Tribunales ordinarios son competentes para entender en una acción por daños y perjuicios instaurada contra un funcionario público, sin que sea necesario que los superiores del demandado se pronuncien sobre su culpabilidad. — Jur. Civ., III, 89, Sér. 3ª.

Los actos llevados á cabo por un comisario de policía, extralimitando sus facultades legales, importan un acto ilícito que puede fundar una acción por indemnización de daños y perjuicios.—Jur. Civ., VII, 379, Sér. 3ª.



incestuosos, por los que responderán, no obstante, si los tuvieron bajo su guarda como tutores ó encargados. *La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona (art. 1115).* Tampoco los padres serán responsables de los da-

responsables, pero pueden repetir por lo pagado contra los bienes del menor, pues tiene discernimiento y voluntad. El art. 1117 apoya esta interpretación, pero sería conveniente hacer desaparecer la incongruencia entre ambas disposiciones.

Respecto á la responsabilidad de los menores de diez años que no tuvieran padres ó tutores, sería ninguna y el damnificado no tendría indemnización sino en el caso del art. 907, aunque el menor tuviera bienes; no sucedería así, si pasando de esa edad causare perjuicios, respondería con sus propios bienes; lo que ocurriría cuando el padre ó tutor no los tuvieran.

Para que el padre responda por el daño de sus hijos menores es necesario dos condiciones: 1ª, que estén bajo su potestad; 2ª, que habiten con él. Si faltare alguna de ellas, cesará la responsabilidad. Cuando el marido se ausentare por placer ó negocio dejando sus hijos bajo la custodia de la mujer, algunos autores piensan que ésta debe responder del daño causado por sus hijos; pero no lo creo, porque la responsabilidad del padre no cesa, pues la mujer lo representa.

¿El marido responderá civilmente por los daños causados por la mujer que tiene bajo su poder marital? No lo creo, porque si bien está comprendido el caso en el art. 1113 desde que se encuentra bajo su dependencia, sin embargo, los autores lo exceptúan porque expresamente no está comprendido en la ley.

La emancipación por el matrimonio hace cesar la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos, aunque vivan con ellos.

(**Art. 1115.**) Esto es para distinguir cuando la habitación es momentánea, en que la responsabilidad de los padres no cesa. El niño ó

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1114.—Es una consecuencia del principio general establecido en el artículo anterior.—Cód. Francés, art. 1384.—Véase Durantón, XIII, n° 716.—Toullier, XI, n° 279 y 281.—Aubry y Rau, § 447.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1114.—La responsabilidad del padre por los daños y perjuicios que causen sus hijos menores, procede aún respecto de aquellos que no habiten con él, siempre que no se encuentren bajo la vigilancia y á cargo de otra persona.—Jur. Civ., II, 29, Sér. 3ª

ños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos (art. 1116).

joven que sólo está por determinadas horas en una casa de educación ó en un establecimiento, se encuentra sometido á la inmediata vigilancia de sus padres ó tutores, y cuando más puede hacerse responsable á los directores del colegio durante los momentos en que se encuentren en el establecimiento; pero en la calle ó en cualquier otra parte donde causaren perjuicios, sus padres son responsables civilmente. Es necesario que sean colocados de una manera permanente para que cese la responsabilidad de los padres. No creo que pueda alterarse lo expresado en este artículo por las palabras del anterior, que dice: *que habiten con ellos*, pues el niño que vive en otra casa temporalmente, no se puede decir que habita con ellos, y sin embargo, los padres responden del perjuicio que causen. La autoridad paterna debe ser sustituida por la de otro, á quien se los haya confiado de una manera permanente, para que cese su responsabilidad. El niño menor de 10 años que estando á pupilo en un colegio comete un acto ilícito, obliga al director del colegio; pero si estuviera externo, responderá su padre deduciendo su acción contra el director, si hubiere lugar. Y la prueba de que la habitación no debe ser material, es que los padres responden del daño cuando sus hijos fueren vagabundos ó raras veces vinieran á casa de sus padres; porque, como dice Larombière, su responsabilidad debería apreciarse más severamente, según los daños que le fueran imputables; el abandono en que son dejados debe aumentar la responsabilidad en vez disminuirla.

(Art. 1116.) La ley exime de responsabilidad á los padres ó tutores cuando han hecho lo posible por impedir el daño, valiéndose de los medios que la patria potestad les puede proporcionar para reprimir el acto. Y como medio correlativo, los padres pueden demostrar que han vigilado constantemente la conducta de sus hijos, les han dado buenas lecciones y ejemplos, desarrollando sus sentimientos honestos, enseñándoles moderación y prudencia, corrigiéndoles en sus malas inclinaciones. Pueden aducir además, para librarse de la responsabi-





c) *La obligación del que ha causado un daño se extiende á los daños que causaren los que están bajo su dependencia, ó por las cosas de que se sirve, ó que tiene á su cuidado (art. 1113), ó los*

dad, los antecedentes de los padres, su buena conducta y la estrecha y diligente vigilancia para con sus hijos. Son cuestiones de hecho, y los tribunales las apreciarán en cada caso. Cuando los padres fueren eximidos de la responsabilidad por el perjuicio, debe tenerse en cuenta que cuando el daño fué causado por un menor de diez años no habrá más indemnización que la del art. 907; pero si fuere mayor ó púber responderá con su propio peculio, si lo tuviera. Los padres responden de los actos ilícitos, no de los delitos, que no pueden cometer los menores de diez años. Casi todos los actos ilícitos cometidos por los menores lo son fuera de la presencia de los padres, y por esa razón la ley no admite la excusa de la falta de presencia. Cuando un menor de diez años que se manda al colegio hace daño á un tercero, el padre responderá, á menos de demostrar que lo hizo acompañar por otra persona. Para juzgar de la imposibilidad de impedir el daño, se tendrá en cuenta si el menor ha obrado cediendo á la presión de un movimiento popular, en que el entusiasmo ó el odio se exaltan de una manera desconocida, ó si ha obedecido á una pasión violenta; porque en casos semejantes no habría sido posible impedir el hecho, aun usando de toda la autoridad.—Comp. MERLIN, *Rep.* I^o, *Responsabilidad*. TOULLIER, XI, n^{os} 263 y 264. DURANTON, XIII, n^o 718. AUBRY y RAU, § 447, texto á la nota 19.

(Art. 1113.) La regla general establecida necesita dos condiciones: que la persona esté bajo la dependencia de otra, y que el daño se causare ejerciendo las funciones encomendadas, cuando se trata de las personas empleadas en el servicio. El artículo habla de dependencia, comprendiendo en su generalidad la potestad, el poder marital y aun el simple empleo. Cuando se trata de la patria potestad, se ha dicho que el padre responde personalmente por los perjuicios de los hijos menores de diez años que habiten con él (art. 273), y los tutores en el mismo caso (art. 433); ahora la responsabilidad se extiende de una manera general, fundada en una presunción de falta ó negligencia por su parte; presunción que se puede desvanecer por una prueba contraria, como lo será en el art. 1116. La regla no se aplica á lo ejecutado por los domésticos ó dependientes fuera del ejercicio de las funciones en-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1116.—Cód. Francés, art. 1384.—De Nápoles, art. 1338.—Sardo, 1502.—Holandés, 1403.

que causaren los mandatarios en el ejercicio de su mandato, sin perjuicio de la responsabilidad personal del ejecutor en los casos de delito. *Las personas damnificadas por los dependientes ó domésticos, pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles á los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados á llevar á juicio á los autores del hecho (art. 1122).*

comendadas, como se explicará en el art. 1122, porque sería hacerlo responsable de hechos que no se han podido prever, ni se han mandado ejecutar, y donde el agente obra por propia voluntad.—Véase el Cód. Francés, art. 1384.

(**Art. 1122.**) La colocación del artículo haría creer que se refiere á los dependientes ó domésticos de los hoteles, pero comprende á todos los individuos empleados en servicio de una persona, con esta diferencia: los dependientes ó sirvientes de hoteles obligan al dueño de éste, por

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1113.—Cód. Francés, art. 1384—de Luisiana, art. 2299.—Goyena en el art. 1901 de su proyecto, hace sobre la materia observaciones dignas de tenerse presentes.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1113.—La empresa del ferro-carril es responsable de los perjuicios causados por culpa ó negligencia de sus empleados (art. 53. ley de ferrocarriles de 1872).—LVI, 428 y 441.

Los daños y perjuicios causados por incendio debido á culpa de los agentes de los demandados, son de cargo de éstos solidariamente.—XLVII, 14.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1113.—Las empresas de ferro-carriles son responsables civilmente de los daños y perjuicios que sobrevengan á los pasajeros por culpa ó negligencia de sus empleados.—Jur. Civ., III, 259, Sér. 2°.

Existe responsabilidad civil para las empresas de ferro-carriles por los perjuicios que se ocasionen á los viajeros por culpa ó negligencia de los empleados, aunque la vía no se encuentre librada al servicio público, á favor de los viajeros que no le hayan pagado el pasaje.—Jur. Civ., VII, 301, Sér. 2°.

La omisión de medidas tendentes á prevenir accidentes en los pasos á nivel, importa culpa ó negligencia y hace pasibles á las empresas de ferro-carriles de los daños y perjuicios causados á los transeúntes.—Jur. Civ., IV, 277, Sér. 5°.

Las empresas son responsables civilmente por los perjuicios que por culpa ó negligencia de sus empleados sobrevengan á los pasajeros.—Jur. Civ., V, 333, Sér. 2°.

Justificada la culpabilidad de los empleados de una empresa, procede su condenación al pago de los daños y perjuicios causados.—Jur. Civ., XV, 346, Sér. 4°.

Justificada la culpa ó negligencia de los empleados de la empresa, procede la indemnización por los daños y perjuicios.—Jur. Civ., II, 380, Sér. 5°.





d) *Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están á su cargo*

cualquier perjuicio ocasionado al viajero, mientras los demás sólo responden cuando han ejecutado el hecho en el ejercicio de las funciones encomendadas. En esta parte, el artículo se separa de Freitas, art. 3663, que con mayor justicia hace responsable al patrón del daño causado, únicamente cuando el mandatario era notoriamente inhábil ó peligroso, dejando la responsabilidad al ejecutor en los demás casos.

La responsabilidad por los daños causados en la ejecución se extenderá al patrón ó empresario y á todos los empleados, sean ó no asalariados, á quienes ellos hubieren encomendado trabajos determinados, porque deben responder de su buena ejecución. La condición, debe caracterizarse por la subornación en que se encuentren respecto del que los manda ejecutar el trabajo; si el oficial pintor que se me ha enviado para retocar una pintura la perdiera, podré demandar los perjuicios del maestro ó empresario que lo mandó. El damnificado tiene dos acciones en lugar de una, pues, como lo dicen Aubry y Rau, § 447, la obligación de reparar el daño, que pesa sobre las personas civilmente responsables, no liberta á los autores de los hechos que han ocasionado el perjuicio, y la ejecución llevada contra uno de ellos no exonera á los demás responsables.» La responsabilidad sólo comprende los daños causados en el ejercicio de las funciones encomendadas, y no á los perjuicios absolutamente extraños, y de que pueden hacerse culpables. Cuando el responsable directo no pudiese pagar el daño, la acción podrá dirigirse contra el ejecutor; pero lo juzgado en el juicio seguido contra el patrón en cuanto á la estimación, podrá ser rechazado por el demandado, debiéndose estimar nuevamente con su intervención. La responsabilidad por lo que hicieren los dependientes ó domésticos, cesará para sus patrones, cuando el daño lo causaren por accidentes que les ocurrieren sin culpa ó falta á sus deberes, en que los ejecutores responderán personalmente. Los patrones ó empresarios no se libentan de la responsabilidad por no conocer la habilidad ó capacidad de los hombres que emplean, ó porque no sean capaces de apreciar esa competencia, por no conocer la profesión de las personas; pues no debieron aceptar la empresa, y si lo hicieron, es porque están dispuestos á responder de individuos empleados. Se ha juzgado de una manera contraria por la Corte de Douai, Junio de 1841. El artículo no hace distinción alguna.

Será responsable el empresario del daño que se causaren entre sí las personas empleadas en la obra, á menos de demostrar que fué oca-

(art. 1117, 1ª parte); porque tienen idénticas responsabilidades.

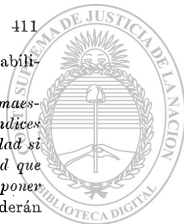
e) *Rige igualmente respecto de los directores de colegios, maestros artesanos por el daño causado por sus alumnos ó aprendices mayores de diez años, y serán exentos de toda responsabilidad si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería y con el cuidado que era de su deber poner* (art. 1117, 2ª parte), de donde se deduce que sólo responderán

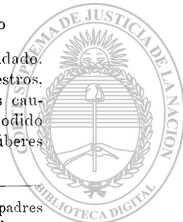
sionado por culpa de la que recibió el daño, ó si ella misma ejerciendo su profesión se lo causare por propia impericia. Cuando se trata de obreros que se emplean en grandes masas, el empresario debe responder del daño causado á extraños ó entre sí, si no hubiere culpa por parte del damnificado.

(Art. 1117.) Este artículo explica y apoya la opinión manifestada en la nota al art. 1114. de que los padres responden por los actos ilícitos de los hijos mayores de diez años. Porque si los directores de colegio responden del daño causado por los niños mayores de diez años y menores de veintidós, que están á su cargo, ¿cómo no responderán los padres que tienen mayor autoridad moral sobre sus hijos, y mayor responsabilidad también? Los tutores ó curadores que ejercen las funciones de los padres, deben tener sus mismas responsabilidades. En cuanto á los directores de colegio, se deben considerar que lo son aquellos que están encargados de una función más ó menos permanente, y no los que se limitan á dar lecciones durante ciertas horas, que no tienen responsabilidad alguna, con relación á los que concurren á la clase.

Los directores ó maestros artesanos sólo responden del daño causado durante el tiempo que los menores estuvieron bajo su vigilancia, y se eximen de responsabilidad en los mismos casos que los padres. Parecerá extraño que un director de colegio ó un padre responda del daño causado por un joven de 21 años, p. e., cuando él debe ser el único responsable de su acción; pero más extraño sería que nadie respondiera del daño causado por un niño de 11 años; ambos están sujetos á la potestad paterna ó bajo la tutela, y sobre ellos se ejerce la misma autoridad. y no es posible dejar indefensa á la sociedad contra

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1122.—El propietario de un carruaje es responsable de los daños y perjuicios que con él ocasione el cochero.—Jur. Civ., X, 81, Sér. 2ª.





por los menores de diez años, cuando los tuvieren á su cuidado. Se considerará caso fortuito para los directores ó maestros, salvándolos de la responsabilidad personal, por los daños causados por los mayores de diez años, cuando no hubieren podido evitarlos usando de su autoridad, y si los menores fueren púberes y tuvieran bienes, responderán personalmente.

semejantes actos. Entre la injusticia de hacer responsable á los padres de los daños que causen estos menores casi mayores de edad, y la que se cometiera dejando indefenso al que recibió el daño, no se debe trepidar; porque los padres tienen el deber de vigilar á sus hijos menores, y si por falta de esa vigilancia, que se traduce en mala educación ó malas costumbres, otro sufre, deben responder del daño. Freitas, art. 843, sólo hace responsable á los padres ó tutores del daño causado por los menores de 7 años, y contiene una disposición semejante á la de nuestro art. 1113, y por esa razón lo juzga como un caso fortuito, cuando los padres ó tutores demostraren que no les fué posible impedir el daño. Véase Aubry y Rau, § 447, texto n° 3, y nuestra nota al art. 1114. El Dr. Llerena sostiene que esta responsabilidad sólo se debe aplicar á los directores y no á los padres, porque «los maestros ejercen siempre autoridad (dice) sobre los alumnos, aprendices ú oficiales de cualquiera edad que sean, mientras que los padres sólo tienen esta autoridad durante la menor edad de sus hijos»; la razón no es atendible, si se considera que el artículo habla de menores y no de mayores, y que los padres tienen siempre mayor autoridad que los maestros: sobre todo cuando se ha admitido que los padres responden por los daños de sus hijos menores que habitan con ellos. No pensamos que los directores de colegio sean excluidos de responsabilidad, cuando los alumnos tengan menos de diez años, como lo ha creído dicho autor, empeñándose en buscar la razón de una excepción que no existe; porque el art. 1115 dice claramente, que la responsabilidad de los padres cesa cuando han colocado á sus hijos menores (de cualquier edad que sean) en un establecimiento de una manera permanente. La razón de que el artículo habla de los alumnos «mayores de diez años, excluyendo á los menores de esa edad, no nos parece atendible; porque si responde por los que tienen discernimiento y voluntad, con mayor razón lo harán cuando no la tengan; quien está obligado por el acto ilícito de un joven de 15 años, lo estará por el que tuviere menos de 10 años. Mejor habría sido corregir este artículo poniendo la palabra *menores* donde dice mayores.

f) *Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo (este) género, son responsables del daño causado por sus agentes ó empleados en los efectos de los que habitan en ellas, ó cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño (art. 1118); pero no responden por el perjuicio causado por las personas alojadas en la casa. El Código Penal francés hace responsables á los posaderos de los daños y perjuicios provenientes de delitos cometidos por las personas alojadas por más de veinticuatro ho-*

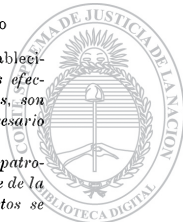
(Art. 1118.) El artículo se aplica sólo á aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento á los viajeros, para armonizarlo con el art. 2230, y mantener la interpretación dentro de límites razonables. Este privilegio acordado á los viajeros es por razón de la necesidad en que se encuentran sometidos sin poder elegir, estando obligados á aceptar cualquier condición, y por eso se les ha equiparado á los que depositan sus efectos en caso de necesidad. Hay un error tipográfico: en vez de decir *establecimiento público de todo género*, debe decir de *este género*, quedando así la expresión completa y armónica.

El artículo comprende las casas de hospedaje, con las excepciones del art. 2233, que eximen de responsabilidad á los administradores ó dueños de café-restaurants, fondas, casas de baños, etc., en que el viajero no tiene necesidad de permanecer. Freitas, art. 3665, n° 2, se refiere á los establecimientos públicos de expedición, que se encargan de los equipajes de los viajeros, y debería comprenderlo nuestro artículo, porque existe la misma razón.

Cuando se dice dueño de hotel, etc., es para indicar que el perjuicio causado al viajero debe ser pagado por él, aunque lo haya ocasionado el administrador ó los domésticos del establecimiento.

Cuando los efectos desaparecieran, será siempre responsable, á menos de probar que provino de fuerza mayor ó caso fortuito art. 2236, armonizándose ambas disposiciones; lo mismo se debe decir, cuando se ha causado algún daño en la cosa. Se considerará fuerza mayor, cuando los ladrones hubieren penetrado con armas ó por escalamiento que no pudiese resistir el posadero. Las palabras «aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño», se deben, pues, reducir á los términos expresados, porque no habría justicia en hacerlo responsable del caso fortuito ó fuerza mayor. Este privilegio sólo es concedido á los viajeros y no á los que viven de una manera más ó menos permanente en los hoteles, sin ser viajeros.





ras, sin haber inscrito su nombre en los registros del establecimiento. *Las obligaciones de los posaderos respecto á los efectos introducidos en las posadas por transeuntes ó viajeros, son regidas por las disposiciones relativas al depósito necesario (art. 1120).*

g) *El art. 1118 es aplicable á los capitanes de buques y patrones de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando estos efectos se extravíen;*

A los agentes de transportes terrestres, respecto del daño ó extravío de los efectos que recibiesen para transportar;

A los padres de familia, inquilinos de la casa en todo ó en parte de ella, en cuanto al daño causado á los que transiten, por cosas arrojadas á la calle ó en terreno ajeno ó en terreno propio sujeto á servidumbre de tránsito, ó por cosas suspendidas ó puestas de un modo peligroso que lleguen á caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto á servidumbre de tránsito. Cuando dos ó más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiera cuál fué el que arrojó la cosa, el sólo será responsable (art. 1119). El daño causado por caso fortuito no sujeta á responsabilidad alguna.

(**Art. 1120.**) Los efectos de los viajeros introducidos en los hoteles, posadas ó fondas se equiparan á los que se depositan en casos de incendio, saqueo, ruina, etc., en que no hay posibilidad de elegir, y en que el individuo obligado por la necesidad hace una confianza forzada. Rigen especialmente los arts. 2229 á 2237.

(**Art. 1119.**) La primera parte del artículo comprende dos casos: 1º, el daño causado en los efectos que se introducen en los buques por los viajeros; 2º, cuando los efectos desaparecieron. ¿Cómo debe establecerse el daño, ó la desaparición para que el capitán sea responsable? Fundándose la responsabilidad en el hecho de la gente de la tripulación, es necesario demostrar que la cosa fué deteriorada ó desapareció por causa de esta, entre los que se comprenden los domésticos, marineros, empleados y todos los que pertenecen al buque desempeñando una función. No cesa la responsabilidad en los casos de naufragio, incendio, etc., siempre que haya provenido por culpa



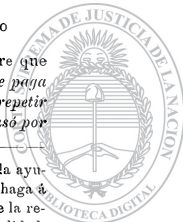
Como no se trata de delitos, sino de actos ilícitos, la responsabilidad no debe ser solidaria; así, *cuando el hotel ó casa pública de hospedaje perteneciere á dos ó más dueños, ó si el buque tuviese dos capitanes ó patrones, ó fuesen dos ó más los padres de familia, ó inquilinos de la casa, no serán solidariamente obligados á la indemnización del daño, sino que cada uno de ellos responderá en proporción á la parte que tuviere, á no ser que se probase que el hecho fué ocasionado por culpa de uno de ellos exclusivamente, y en tal caso sólo el culpado responderá del daño (art. 1121);* y el damnificado no tendrá derecho para repetir contra los demás, si uno de ellos fuere insolvente.

del capitán. Los agentes de transportes terrestres, así como los capitanes, están sujetos á las leyes mercantiles, y sus relaciones de derecho deben juzgarse por lo dispuesto en el Código de Comercio.

Los padres de familia, dueños ó inquilinos de la casa, serán responsables por el daño causado á los transeúntes, por las cosas arrojadas á la calle, aunque no hubiera prohibición por las ordenanzas municipales, cualquiera que fuera la persona que lo causare, sea doméstico ó empleado, sin perjuicio de repetir lo pagado del que ocasionó el daño. Si el causante del daño asumiera la responsabilidad, el perjudicado tendrá derecho para rechazarlo, demandando al inquilino ó propietario que la habita, que es el verdadero responsable. Es un privilegio en favor del perjudicado. Cuando son varios los inquilinos que habitan la casa, responderá el que hubiere causado el daño, si se averiguase la habitación de donde se arrojó la cosa, lo que sucederá aun tratándose de casas amuebladas ú hoteles. Si se supiere cuál fué el que arrojó la cosa, es para establecer la responsabilidad de los varios inquilinos, pero no se altera cuando el acto fué ejecutado por un sirviente ó cualquier otro de la casa, de cuyos hechos sean responsables. Freitas, art. 3665, n° 6, hace responsables á las autoridades ó agentes policiales que presenciaron el hecho, ó que fueron prevenidos y que pudiendo evitarlo no lo hicieron; así lo hemos considerado en la nota al art. 1074.

(**Art. 1121.**) Hay una diferencia con relación á la responsabilidad entre los delitos y los actos que no lo son; en aquéllos, por la na-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1119.—LL. 25 y 26, Tit. 15, Part. 7°.—Inst. Lib. 4, Tit. 5, § 1.—Cód. de Austria, art. 1318.



Como cada uno es responsable de sus acciones, siempre que tenga la capacidad exigida por la ley, resultará que *el que paga el daño causado por sus dependientes ó domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado del dependiente ó doméstico que lo causó por*

turalza del hecho, la unión de los individuos para realizarlo ó la ayuda que se prestan, hacen que la ley en castigo de la acción haga á cada uno responsable en el todo sin concederles el beneficio de la repetición, lo que parece una injusticia; pero es un acto de moralidad. La ley no puede prestar su autoridad para pedir estos prorrateos inmorales. En los actos ilícitos de cierta clase no se puede autorizar esta solidaridad sin injusticia; son actos de responsabilidad generalmente, como el de los posaderos, en que sólo la necesidad de garantir á los viajeros ha podido autorizar tales responsabilidades. Cuando fueren dos ó más los propietarios del hotel ó posada, responderán según el interés que cada uno tenga por el contrato, y cuando no lo tuvieren ó no se fijaren ese interés, la responsabilidad se dividirá por iguales partes; pero cuando se pudiera averiguar que uno de ellos fué el culpable, los otros se encontrarán eximidos de responsabilidad. Sucederá lo que en las obligaciones mancomunadas; art. 694. Freitas, arts. 3659 y 3664, admite la solidaridad para todo acto ilícito sin excepción alguna; pero la excluye en los actos lícitos mandados ejecutar, en que el mandatario sólo responderá de la mala ejecución, á menos que fuere persona de carácter peligroso ó notoriamente inhábil.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1121.—LL. 1, 2 y 5, Dig. *De his qui e; unde rint* pronunciaban formalmente la solidaridad contra los autores de un cuasi-delito. Algunos escritores, guiados por la legislación romana, han querido establecer una asimilación completa entre los delitos y cuasi-delitos en cuanto á la solidaridad que resultaba del hecho, doctrina de que nos separamos en la resolución del artículo. La intención de dañar es la que constituye el delito, mientras que el cuasi-delito no es más que un hecho, que no lleva la intención que le imprimiría un carácter de culpabilidad. La ley ve en el delito cometido por muchos un pensamiento criminal concebido ó inventado en común, y por esto ha querido que las condenaciones en materia de delitos fuesen pronunciadas solidariamente contra todos los autores. Pero en el cuasi-delito no hay intención punible; los autores de un hecho que daña á otro, no están obligados sino á reparar el perjuicio que han causado, no á título de pena, sino meramente de indemnización. Por consiguiente, no deben ser cargados todos y cada uno con la responsabilidad del hecho, al cual no han contribuido sino cada uno por su parte material.

Nuestra resolución está apoyada con las mejores autoridades. Toullier, XI, n° 151.—Duranton, XI, n° 194.—y Marcadé, sobre el art. 1382.

su culpa ó negligencia (art. 1123); y el damnificado puede demandar á cada uno de ellos indistintamente.

(**Art. 1123.**) Para que la repetición tenga lugar es necesario que el agente hubiere tenido culpa, pues si ha obrado de acuerdo con las órdenes recibidas, la responsabilidad será exclusiva del que ordenó el acto. Si el dependiente ó doméstico fuera incapaz absolutamente, la repetición sólo tendrá lugar en aquella parte en que se enriqueció ó le aprovechó el daño. Véase lo dicho en los arts. 1114 y 1117. Cuando les hubiera sido imposible evitar el daño, no los eximirá del perjuicio, según lo dijimos en la nota al art. 1118, á menos de fuerza mayor.—Comp. FREITAS, art. 3670.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1123.—Justificada la culpa del demandado ó de sus dependientes, debe ser responsabilizado por los daños y perjuicios causados por el cuasi-delito.—Jur. Civ., IV, 242, Sér. 5ª.



CAPÍTULO PRIMERO

§ 323.—DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS ANIMALES

El propietario de un animal, doméstico ó feroz, es responsable del daño que causare (art. 1124, 1ª parte), con excepción de los casos siguientes:

a) Cuando el animal causare daño, *la responsabilidad pesa sobre la persona á la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario (art. 1124, 2ª parte);* por consiguiente, responderán el usufructuario, usuario y aun el locatario y comodatario.

(Art. 1124.) La responsabilidad se funda en una presunción de falta, como en el caso del art. 1114; pero cuando el animal se hubiere entregado á otro para servirse de él, la responsabilidad pesará sobre la persona á quien se le entregó, á menos que el perjuicio hubiere sido causado por un animal vicioso, sin culpa alguna de la persona que lo tiene; porque el propietario es culpable de haber confiado un animal de esa especie, sin prevenir al que lo confía. El artículo hace responsable al poseedor del animal, dándole derecho para repetir el perjuicio del propietario; pero no prevé cuando el poseedor fuera insolvente, en cuyo caso deberá ser pagado por el dueño. Son casos previstos en el Código Rural.

La acción no es colectiva, sino alternativa, debe ejercerse sobre el poseedor del animal, y en caso de insolvencia, sobre el dueño. El artículo hace pesar la responsabilidad sobre el poseedor del animal á quien se le entrega para servirse de él, lo que excluiría de responder en caso de depósito; pero no hay tal excepción; pues el depositario responde del daño con derecho de repetición contra el propietario. El Código Rural de la Provincia de Buenos Aires contiene disposiciones especiales en esta materia.—Comp. DEMOLOMBE, XXXI, n° 639 y sig. ARBRY y RAV, § 448.

La responsabilidad del dueño ó del poseedor cesará: cuando el animal se hubiere soltado ó extraviado sin culpa, ó cuando el daño proviniera de fuerza mayor ó por culpa del que lo sufrió. Freitas, art. 3684, no admite causa alguna de justificación, cuando el animal es feroz aunque fuere domesticado, y autoriza la repetición de lo pagado por el





b) *Si el animal que hubiere causado el daño fué excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste, y no del dueño del animal (art. 1125), porque se supone que de otro modo no hubiere ocasionado perjuicio.*

c) *Si el animal que causó el daño se hubiere soltado ó extrañado sin culpa de la persona encargada de guardarlo, cesa la res-*

ponsabilidad del dueño del animal contra el encargado de guardarlo, lo que es justo. Los tratadistas hacen la distinción del daño causado por los animales cuando era *secundum naturam*, de aquel que podría ocasionar *contra naturam*; p. e., un caballo que va á pastar en la huerta vecina donde pisotea y come el sembrado; este daño está en la naturaleza del animal y el propietario ó poseedor debe responder de él; pero si ese mismo caballo muerde ó patea á una persona que se le aproxima, esto no está en la naturaleza del animal y el propietario no deberá el perjuicio, sino en caso de culpa ó imprudencia. El artículo no hace distinción; y por el contrario rechaza semejante teoría en el art. 1126; sin embargo, los jueces deben tener presente estas diferencias, al decidir las cuestiones de hecho que se les presenten.

(Art. 1125.) La indemnización del daño no puede ser exigida al poseedor del animal, cuando éste lo causó excitado por un tercero, sin que haya distinción entre el animal feroz ó el domesticado. Si un tigre encerrado en una jaula excitado y rabioso la rompe y causa perjuicios hiriendo ó matando, el provocador únicamente responderá de ellos, y si es la primera víctima de una imprudencia semejante, el perjuicio será exigido de sus herederos si hubieren aceptado la herencia. Lo mismo sucederá si el animal era domesticado, y á consecuencia de la excitación en que se le ha dejado, causa daño á otra persona ó á otro animal.—Véase FREITAS, art. 3686.

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 1124.—Véase Cód. Francés, art. 1385.—Sardo, 1703.—Napolitano, 1339.—Holandés, 1401.—Austriaco, 1320.—Sobre daños causados por animales hay un título en el Derecho Romano que es el 1º del Lib. 9 del Digesto, copiado en las leyes 21, 22 y 23, Tít. 15, Part. 7º.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1124.—La responsabilidad por los daños y perjuicios que la ley impone al dueño de un animal, sólo cede ante la prueba plena de que el hecho es imputable á la víctima.—Jur. Civ., VI, 374. Sér. 3º.

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 1125.—LL. 21 y 22, Tít. 15, Part. 7º.



ponsabilidad del dueño (art. 1127), pues se reputa un caso fortuito: pero el dueño debe demostrar que no ha habido culpa por su parte.

d) Cesa también la responsabilidad del dueño, en el caso que el daño causado por el animal hubiese provenido de fuerza mayor ó de una culpa imputable al que lo hubiese sufrido (art. 1128).

(**Art. 1127.**) Freitas, art. 3685, hace la diferencia entre el animal doméstico ó domesticado que no fuere feroz, y el domesticado que lo fuera, porque en éste siempre existe un peligro que podemos decir está en su propia naturaleza, mientras en los otros ha desaparecido con la domesticidad. Cuando se trata de esta clase de animales, el dueño está exento de responsabilidades, si se hubieran soltado ó extraviado sin su culpa; diferencia seguida por el art. 1129. Los casos de culpa son cuestiones de hecho. Cuando el animal feroz domesticado se soltare sin culpa del que lo guarda, el poseedor incurrirá en culpa si no diere cuenta á la autoridad para que lo persiga ó se tomen las precauciones debidas. Si el animal suelto por culpa del que lo cuida fuere provocado ó excitado, y causare daño, responderá el que lo provocó, como en el caso del art. 1125.

(**Art. 1128.**) El caso fortuito produce el mismo efecto que la fuerza mayor para libertar del daño, y conviene asimilar el hecho imputable al que ha sufrido el daño por su propia imprudencia. Así la ley 1 §. 7, tit. 1, lib. 9, Dig., dice: si un caballo excitado por un vivo dolor ha dado una patada, el que causó el dolor será responsable del daño;» pero si alguno recibe la patada acariciándolo, en un lugar público donde se encontrare, puede intentar la acción contra su dueño; lo que autorizaba á Domat (Leyes Civiles, lib. 2, tit. VIII, sec. 2, n° 7), á decir: «los que tienen caballos ó mulas que patean ó muerden deben advertir ó hacerlas guardar para evitar el peligro; de otra manera están obligados á satisfacer los perjuicios.» Semejante doctrina sólo podría admitirse con las restricciones que la naturaleza de nuestra sociabilidad permite. En nuestras dilatadas y extensas campañas, pobladas por millones de animales semi-domesticados, no sería posible aplicar estos principios. No habría justicia en hacer responsable al dueño de un caballo del daño causado al acariciarlo, ni exigir se le ponga un guardián, sobre todo en nuestras poblaciones rurales, donde se les ata de las riendas y se les deja, quedando á la prudencia de los que pasan el tomar las precauciones necesarias para no ser dañados. Si el animal, presa de un

e) *El daño causado por un animal á otro, será indemnizado por el dueño del animal ofensor si éste provocó al animal ofendido. Si el animal ofendido provocó al ofensor, el dueño de aquél no tendrá derecho á indemnización alguna (art. 1130).*

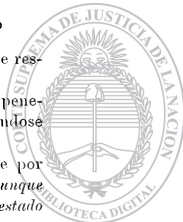
La ley no hace distinción entre los animales domésticos y los salvajes, á los que el Código llama impropiaamente feroces, y comprende sólo á los que forman parte de nuestro patrimonio, no á los que viven en nuestras propiedades sin haberlos atraído, y que por el contrario son perjudiciales, como sucede con los animales que viven en nuestros campos, como las viz-

terror causado por una detonación repentina, ha disparado con el carruaje ó carro donde está atado y llevase por delante á una persona ú otro carruaje ocasionando perjuicios, se debe averiguar si el conductor pudo ó no contenerlo, ó si lo dejó sólo por descuido, entonces será responsable del daño; en caso contrario se reputará fuerza mayor. Pero si ese caballo hubiere disparado varias veces y continuara empleándolo, deberá responder del perjuicio, porque hubo culpa é imprudencia por su parte.—Comp. Sentencia 24 de Mayo de 1810, Corte de Ap. de París, asunto GEOFROI.

(Art. 1130.) Si de la provocación no sólo se causare daño al animal ofensor, sino á un tercero, ó á una persona, el dueño del animal provocador deberá los perjuicios causados. ¿Quién debe probar la provocación? Cuando se trata del daño hecho á las personas, el dueño se exime de responsabilidad, si demostrase que el animal había sido provocado; pero si son dos animales domesticados que andan sueltos generalmente, y el dueño del que fué herido reclamara el daño, sin que haya testigos de la provocación, serán exonerados mutuamente, sin que sea necesario averiguar el carácter de cada animal, pero si uno de ellos ha estado libre y el otro atado, debe responder el dueño del libre. No se puede establecer una regla invariable como en el caso del art. 1125, donde debe probarse la excitación por el que se excepciona. El daño debe pagarse por el dueño del animal ofensor, si provocó al ofendido, y por consiguiente, se probará la provocación.—Véase FRIETAS, art. 3688.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1128.—Los daños y perjuicios causados por la mordedura de un perro, deben ser pagados por el dueño de éste, quien debe probar si alega que hubo culpa imputable á la víctima.—XX. 126.





cachas, zorros, zorrinos, etc., y de cuyos perjuicios nadie responde.

En algunas naciones se autoriza á matar las aves que penetran en los sembrados vecinos, causando daño, defendiéndose así contra los perjuicios que pudieran causar.

La regla general es que el dueño del animal responde por los daños que causare, y *la responsabilidad tiene lugar aunque el animal, en el momento que ha causado el daño, hubiere estado bajo la guarda de los dependientes de aquél. No se salva tampoco la responsabilidad del dueño porque el daño que hubiese causado el animal no estuviere en los hábitos generales de su especie (art. 1126).*

Con relación al daño causado por un animal feroz, de que no se reporta utilidad para la guarda ó servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa del que lo guardaba (art. 1129).

(Art. 1126.) Cuando el animal estuviere bajo la guarda de los dependientes, sirvientes ó encargados y causare daño, el dueño será siempre responsable, salvo su derecho de repetición contra los que por su culpa ó negligencia lo hubieren dejado dañar. Y aquí se decide la cuestión sobre la responsabilidad del daño causado por el animal contra los hábitos de su especie, haciendo responsable al propietario. Téngase presente lo dicho en la nota 1124 cuando hubiere imprudencia ó negligencia por parte del que sufrió el daño; así, el que se acerca á acariciar un caballo atado en un terreno reservado y es pateado ó mordido, no podrá reclamar el daño, y lo mismo cuando el cazador penetrare en campo ajeno y fuere herido por algún animal de los que se encuentran en él, y si en el uso de su legítima defensa se ve obligado á matarlo, debe pagar su valor, pues por su culpa se ha producido el hecho. La responsabilidad cesa en los casos de los arts. 1125, 1127 y 1128; no cesa en el art. 1129.

(Art. 1129.) ¿Será necesario hacer distinción entre el animal feroz por su naturaleza y que no pierde completamente su ferocidad nativa por la domesticidad, de aquellos que la pierden? Creo que no. El perro que obedece á su dueño y ana á los de la casa, suele ser feroz para los desconocidos. El artículo sólo comprende á los animales que siendo feroces no prestan servicio alguno, teniéndolos como mero adorno ó

En los casos de daños causados, *el propietario de un animal no puede sustraerse á la obligación de reparar el daño, ofreciendo abandonar la propiedad del animal (art. 1131)*; porque el perjuicio no está en relación alguna con el valor de éste.

para estudio ó exposición; si se soltaran de cualquier manera, respondería el dueño por el perjuicio causado; pero cuando el animal feroz es domesticable, ¿responderá el dueño aun en el caso de fuerza mayor ó caso fortuito? Es difícil decidir, pero me inclino á seguir la opinión de Freitas, y creo no debe admitirse ninguna justificación (art. 3684), porque hay verdadera imprudencia y peligro en tener semejantes animales. El art. 2327, Código de Chile, de donde fué tomado el nuestro, dice: el daño será siempre imputable al dueño.

(**Art. 1131.**) En el derecho romano se permitía en ciertos casos el abandono del animal, *noxe autem dedere est animal tradere virum* (l. 1 § 14, tit. 1, lib. 9, Dig.), para eximirse del perjuicio que podría ser superior al valor del animal; el Código Argentino, siguiendo al Francés, suprimió esta facultad, y con razón, porque el daño debe abonarse en la extensión del sufrido, y muchas veces resultaría irrisoria la entrega del animal. No hay semejanza entre esta disposición y lo dispuesto en el art. 1854 y su nota; porque el donatario, al recibir la cosa donada con cargos, sólo responde con la cosa y puede abandonarla al donante sin causarle perjuicio alguno, pues las cosas se restituyen á su primer estado; mientras el artículo no permite entregar el animal por toda indemnización, porque no hay relación alguna de valores.—FREITAS, art. 3689.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1129.—Cód. de Chile, art. 2327.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1131.—En contra, Cód. de Luisiana, art. 2301, y las Leyes Romanas.—Merlin, *Rep. verb. quasi-deliit*, n° 9.—Toullier, XI, n° 298.



CAPÍTULO II

§ 324.—DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR COSAS INANIMADAS

Los romanos concedían una acción preventiva, exigiendo una caución ó fianza por el daño que pudiera provenir de la ruina ó caída de los edificios, acción que el Código Civil Argentino ha suprimido siguiendo al francés; pero no era necesario una disposición negativa como la del (art. 1132), que dice: *el propietario de una heredad contigua á un edificio que amenaza ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare ó haga demoler el edificio (art. 1132)*, pues por nuestro derecho constitucional nadie puede ser obligado á hacer lo que la ley no manda, y si ésta no concede una acción al propietario vecino por el edificio que amenaza ruina, no podrá deducirla, á menos de no haberse creado un derecho especial. No se debe confundir el caso del artículo con los trabajos que el propietario hiciera sobre el fundo vecino y que constituirían un uso abusivo del derecho de propiedad.

(Art. 1132.) Es la caución *damni infecti* de los romanos, que ha sido suprimida, porque los vecinos, como el público en general, están perfectamente garantidos con la vigilancia municipal tan ejecutiva y eficaz como la acción privada. En vez de una demanda para prevenir daños y perjuicios, bastará una denuncia á la autoridad, quien procede por vía de apremio, una vez demostrado el peligro, ó la demolición ó seguridad de la casa.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1132.—La caución *damni infecti*, del Derecho Romano (L. 6, Dig. De *damni in*), cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caída de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas é intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar á pleitos de una resolución más ó menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos á un edificio que amenaza ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido á las municipalidades de ordenar la reparación ó demolición de los edificios que amenacen ruina.





La máxima de que todo el que por su culpa ocasiona un daño a otro está obligado á resarcirlo, se aplica especialmente en estos casos; pero como se trata de cosas y no de acciones ejecutadas por la persona misma, es necesario buscar la culpa ó negligencia; así es que *tiene lugar la indemnización del daño causado por ruina de edificio, probándose que hubo negligencia de parte de su dueño, ó de su representante, en hacer las reparaciones necesarias, ó en tomar precauciones oportunas, aunque la ruina provenga de vicio en la construcción (art. 1134)*; así es que

(**Art. 1134.**) Este artículo, es tomado del Cód. Civ. de Chile, art. 2323, que habiendo seguido otro sistema, tiene su explicación, pero es difícil de justificarlo en el argentino. El art. 932 del Cód. de Chile autoriza para querellarse al que teña la ruina de un edificio, pidiendo que se le derribe ó se hagan las reparaciones necesarias; el nuestro niega ese derecho. El Cód. Chileno, art. 934, obliga al dueño á indemnizar todo perjuicio, si el edificio cayere después de notificada la querella, á menos que la caída ocurriera por caso fortuito; dado estos antecedentes, establece en el art. 2323 que el dueño del edificio es responsable del perjuicio que ocasione su ruina (salvo lo dispuesto en el art. 934) acaecido por haber omitido las reparaciones necesarias. Se comprende en esta hipótesis, que el querellante debe demostrar que se omitieron las medidas necesarias para evitar la ruina: pero no se justifica en el sistema contrario, adoptado por nuestro Cód. Civ., donde se supone que la casa no estaba bien. No es lógica la disposición de este artículo, exigiendo al demandante una prueba muy difícil si no imposible. No creo, como algunos, que probando el perjudicado que la caída provino de ruina ó vicio de la cosa, sea suficiente para hacerlo responsable; el artículo dice, debe demostrar que hubo negligencia por parte del dueño. Lo mejor sería suprimir esta parte, y mientras exista, se debe considerar como una excepción al principio del artículo anterior, sólo en la parte referente á la ruina de edificios. Un edificio que cae y causa perjuicio á terceros, hace suponer negligencia en el dueño, mientras no se demuestre lo contrario. Freitas, art. 3692, tomó el mismo artículo del Cód. Chileno. Larombière, (V, al art. 1386,) dice con razón: «los animales tienen un movimiento y una actividad propia y escapan algunas veces á la vigilancia y dirección del dueño, pero las cosas inanimadas, que por su misma inmovilidad se encuentran bajo su mano, parece que son impotentes por sí mismas para producirlo, y el propietario debe responder personalmente por el hecho ocurrido



la presunción de inculpabilidad es en favor del dueño del edificio en ruínas.

Si la construcción arruinada estaba arrendada ó dada en usufructo, el perjudicado sólo tendrá derecho contra el dueño de ella. Si perteneciese á varios condónimos indivisos, la indemnización debe hacerla cada uno de ellos, según la parte que tuviese en la propiedad (art. 1135), rigiendo para este caso la misma disposición del anterior, en que debe demostrarse la negligencia del dueño de la propiedad arruinada.

Con excepción de los casos del daño causado por ruina de los edificios, la regla general es que, *cuando de cualquier cosa inanimada resultara daño á alguno, su dueño responderá de la indemnización, si no prueba que de su parte no hubo culpa, como en los casos siguientes (art. 1133), que se deben tomar como ejemplos, sin que agoten la materia:*

por su falta ó negligencia». El propietario es, pues, responsable del daño causado por la ruina del edificio, cuando ha ocurrido por defecto de reparación.

(**Art. 1135.**) La responsabilidad es de la propiedad; el daño ha sido causado por ella y es la que responde, cualquiera que la tenga sea á título de usufructuario, locatario, habitador, etc. El propietario responde, pues, á los vecinos y transeúntes que recibieron el daño, si no hubiere falta ó imprudencia de parte de éstos; responderá igualmente á los locatarios en los casos determinados por el Código. Freitas, art. 3694, dice: «el perjudicado sólo tendrá derecho contra el dueño, salvo el derecho de éste contra el locatario ó usufructuario en su caso», y así debemos aplicar este artículo. Si fueren dos ó más propietarios pro-indiviso, el que hubiere tenido culpa responderá á los otros por la parte que hubiere pagado.—FREITAS, art. 3694.

(**Art. 1133.**) La presunción legal es de culpa ó negligencia por parte del dueño, pero puede desvanecerla por una prueba contraria. ¿Cómo probar, por otra parte, que una construcción no estaba bien ó que el árbol se cayó por culpa del dueño? La natural es suponer que los hechos ocurrieron por no encontrarse en estado conveniente los

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1134.—Véase Cód. de Chile. art. 2323. L. 1.º, Tít. 32. Part. 3.º.



1ª *Caidas de edificios ó de construcciones en general. en el todo ó parte* (**art. 1133**, nº 1), salvo los casos de ruina de que habla el art. 1134, donde debe probarse la negligencia del dueño en hacer las reparaciones.

2ª *Caidas de árboles expuestos á caer por casos ordinarios* (**art. 1133**, nº 2), en que el dueño debe demostrar que no tuvo culpa en la caída.

3ª *Humareda excesiva de horno, fragua, etc., sobre las casas vecinas* (**art. 1133**, nº 3).

edificios ó los árboles. La prueba contraria por parte del propietario es más propia. Los casos del artículo se tomarán por vía de ejemplo, y pueden comprender otros semejantes. Véase el art. 1134, que exige la prueba de la negligencia del dueño en los casos de ruinas.

(**Art. 1133**, nº 1.) La caída de un edificio supone generalmente mal estado, salvo la prueba contraria; en caso de ruina, no se supone negligencia en las reparaciones, art. 1134. Las construcciones nuevas ó que no amenazan ruina visible se supone que llevan dentro de sí un defecto de construcción que las hace caer; por eso el dueño debe probar que no tuvo culpa en la caída; esta prueba era más necesaria tratándose de edificios en ruina, sin embargo, el Código la ha exceptuado siguiendo á Freitas, y la razón es porque el edificio en ruina ha debido ser objeto de una inspección municipal, y se supone ordenadas las reparaciones necesarias, siendo fácil probar que no se hicieron. Si nada se hubiere ordenado, la culpa no será sólo del propietario, sino también de los vecinos y de las autoridades, y se debe probar que no hicieron las reparaciones necesarias; aunque más lógico habría sido no hacer la excepción.—FREITAS, art. 3690, nº 1.

(**Art. 1133**, nº 2.) Es fácil demostrar que en la caída de un árbol no tuvo culpa, cuando tiene lugar á consecuencia de un huracán. Si el árbol se cayese sin causa alguna, se debe suponer que hubo negligencia por parte del dueño. Téngase en cuenta que los árboles en terreno cercado no puedan ser inspeccionados por los vecinos.—FREITAS, art. 3690, nº 2, dice: «caída de árboles mal arraigados».

(**Art. 1133**, nº 3.) El humo debe ser excesivo, armonizando con el art. 2625. Sobre este punto las ordenanzas municipales determinarán el modo de no perjudicar á los vecinos, exigiendo la altura conveniente de las chimeneas. Serán cuestiones de hecho.—FREITAS, art. cit. nº 3, dice: «lanzamiento insólito y excesivo de humo».



4° *Exhalaciones de cloacas ó depósitos infestantes, causadas por la construcción de éstas sin las precauciones necesarias* (**art. 1133**, n° 4); pero como en la construcción de las primeras, las obras se ejecutan con arreglo á una ley especial, con la vigilancia de la inspección técnica de las obras de salubridad, el propietario no tendrá responsabilidad, si han sido construidas con arreglo á la ley.

5° *Humedad en las paredes contiguas por causas evitables* (**art. 1133**, n° 5).

6° *Atajos de los ríos, para servicio de las heredades propias* (**art. 1133**, n° 6); porque son obras ejecutadas por el propietario y debe responder del daño causado por su descuido ó negligencia.

7° *Obras nuevas de cualquier especie, aunque sea en lugar público y con licencia, si causaren perjuicio* (**art. 1133**, n° 7).

La indemnización del daño puede ser demandada como accesorio de las denuncias de obras nuevas, acabadas ó no acabadas

(**Art. 1133**, n° 4.) En lo referente á las exhalaciones de las cloacas, siendo construidas con arreglo á las ordenanzas municipales, ó leyes especiales, el dueño no es responsable, y debe ocurrir á la oficina del ramo para que ordene se ponga la cloaca en las condiciones de la ley.—FREITAS, l. c., n° 4.

(**Art. 1133**, n° 5.) De la humedad en las paredes no es responsable el vecino, sino cuando la hubiese producido, teniendo depósitos de agua ó cosas semejantes. No basta que una pared se encuentre húmeda para que el vecino pague el daño.—FREITAS, l. c., n° 5.

(**Art. 1133**, n° 6.) De cualquier modo que atajare el río ó arroyo, si produce daño á los vecinos, debe abonarlo. Esta parte se encuentra legislada especialmente en los códigos rurales de cada provincia.—FREITAS, l. c., n° 6.

(**Art. 1133**, n° 7.) Las obras hechas en lugares públicos con licencia de la autoridad competente se encuentran sujetas á las disposiciones dictadas por ellas; pero los particulares pueden reclamar obligando á los concesionarios á cumplir con las disposiciones legales, ó á demolerlas, sino hubieran sido concedidas con arreglo á la ley. — FREITAS, l. c., n° 7.

(**art. 1136**), de modo que el mismo Juez pueda entender en ambas cuestiones, considerando el daño como una consecuencia de la obra.

(**Art. 1136.**) En los casos de obra nueva, como depósitos infestantes, atajos de río, humedad de paredes por obras hechas, puede demandarse el daño como una consecuencia de las obras mandadas deshacer, pues todo el que ejecuta un hecho que daña á otro está obligado á resarcirlo.—FREITAS, art. 3696.



SECCIÓN TERCERA

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS CONTRATOS

TÍTULO I

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

§ 325.—NOCIONES GENERALES

La idea de contrato trae al espíritu la reunión de varias personas con un interés jurídico; esas personas deben estar de acuerdo con relación al objeto, cosa ó derecho sobre que trataren, y el consentimiento debe manifestarse de un modo exterior. Se tomará en cuenta el objeto de la voluntad, porque el contrato debe abrazar una relación de derecho, pues el acuerdo mutuo sobre ideas políticas, religiosas ó literarias, no bastaría para formarlo: es necesario una relación jurídica personal que interese á sus bienes. De estas consideraciones resulta que, sólo *hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada á reglar sus derechos (art. 1137)*, ó como dice Savigny con más claridad, destinada á regir sus relaciones jurídicas.

(Art. 1137.) El Cód. Civ. Argentino, siguiendo las ideas sabiamente desenvueltas por Savigny, ha procedido de lo general á lo particular, haciendo primero el estudio de los actos jurídicos, comprendiendo en su generalidad todos los actos humanos que tienen por fin una relación de derecho, para descender en seguida á los contratos que son la manifestación externa de la voluntad libre, en la generalidad de los casos. En efecto, si penetramos en la esencia del contrato, encontramos caracteres determinados que hacen imposible confundirlo; p. e., los que intervienen y crean las relaciones de derecho, deben ser varios; no hay contrato sin la concurrencia de más de dos personas. El consentimiento mutuo debe existir al mismo tiempo; es decir,



Freitas separa los actos que no son contratos y que no obstante están destinados á reglar nuestros derechos, como, por

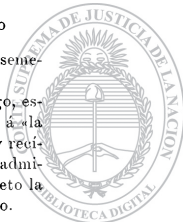
los contratantes deben querer la misma cosa, porque no existe contrato si hay desacuerdo. Como la manifestación de la voluntad es la base del contrato, ésta debe encontrarse exteriorizada; porque si permaneciera sólo en nuestro interior, no existiría para el derecho. Finalmente, el objeto de la voluntad debe ser una relación de derecho personal á los individuos; porque cuando los miembros de un tribunal se encuentran conformes en la relación de derecho que juzgan, falta el elemento principal del contrato, la relación de interés personal. En mi *Tratado de Contratos* estudio la definición del Código, encontrándola superior á las demás, si bien no exenta de críticas. Freitas, art. 1830, dice: «habrá contrato cuando dos ó más personas conviniere entre sí alguna obligación ú obligaciones recíprocas que corresponden á derechos creditorios, ó á modificación de tales obligaciones». La diferencia entre actos jurídicos y contratos es esencial.—Véase la nota al art. 944.

Se confunde generalmente el contrato, que es una de las fuentes de las obligaciones, con la obligación misma, y el Código hace varias veces esta confusión, como puede verse en los arts. 502 á 504.—Comp. SAVIGNY, *Der. Rom.* § 140. AUBRY y RAU, § 340. POTHIER, *Obl.* n.º 3. DEMOLOMBE, XIV, n.º 14.

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 1137.—Savigny, *Derecho Romano*, III, § 140. «Es preciso, dice este autor, tener en consideración el objeto de la voluntad. Si, pues, dos personas acuerdan sostenerse mutuamente por sus consejos en la adquisición de una ciencia, ó de un arte, sería impropio dar á este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso la voluntad no tiene por objeto una relación de derecho.» Freitas es más claro en la materia; dice que «habrá contrato, cuando dos ó más personas acordasen entre sí alguna obligación ú obligaciones recíprocas á que correspondan derechos creditorios»; es decir, que una de las partes se constituye deudora y la otra acreedora, ó que ambas sean recíprocamente deudores y acreedores. Maynz dice que «contratos son aquellas manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear ó extinguir obligaciones», § 281, lo mismo Domat, Lib. 1, Tít. 1, § 1.

Los juriconsultos distinguen los contratos de las convenciones, aun cuando en el uso común se llaman convenciones á los contratos. Aubry y Rau, definen: «Convención es el acuerdo de dos ó más personas sobre un objeto de interés jurídico, y contrato es la convención en que una ó muchas personas se obligan hacia una ó muchas personas á una prestación cualquiera.» Duranton, distinguiendo las convenciones de los contratos, dice que ellas no comprenden sólo los contratos, sino que abrazan todos los pactos particulares que se les pueden agregar. Todo contrato es una convención; pero no toda convención, aunque





ejemplo, el reconocimiento de hijos naturales y otros semejantes.

A la definición de Freitas, como á la de nuestro Código, escapa el contrato de matrimonio que Kant define: como á «la unión del hombre y la mujer para la posesión pasajera y reciproca de sus propiedades sexuales», lo que no es posible admitir, pues entonces sería un contrato que tendría por objeto la cópula, que sólo es uno de los tantos fines del matrimonio.

El contrato sólo puede tener un interés jurídico, sea formando la obligación y dándole nacimiento, sea modificándola ó extinguiéndola, y debe encontrarse un interés personal entre las partes ó entre aquellos para quienes se estipula, porque de otro modo no existirá.

La definición comprende lo que se entiende por *distracto*, que es la disolución del contrato por mutuo convenio.

Por nuestro derecho, el contrato se considera formado por la sola manifestación del consentimiento, sin que sea necesario de formalidades determinadas, que sólo están destinadas á probarlo.

§ 326.—DIVISIÓN DE LOS CONTRATOS

Los contratos se denominan en el Código unilaterales ó bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta le quede obligada (art. 1138, 1ª parte), por el efecto inmediato del contrato, y sin que su ejecución pueda llegar á ser la causa de una obligación. Y se distinguen principalmente en que se encuentra de una parte uno ó varios acreedores y de la otra uno ó varios deudores.

El contrato es bilateral, cuando las partes se obligan reciprocamente la una hacia la otra (art. 1138, 2ª parte), y en los que

(Art. 1138.) Los contratos bilaterales dan lugar á dos acciones, garantiendo así las obligaciones que hacen nacer; cada uno de los con-

tenga efectos civiles, es contrato. La palabra convención es un término genérico que se aplica á toda especie de negocio ó de cláusula que las partes tengan en mira. *Verbum conventionis*, dice la Ley Romana, *ad omnia de quibus negotii contrahendi, transigendique, causa consentiunt qui inter se agunt*. L. 1, § 3, Dig. De pactis.



cada uno es deudor y acreedor á la vez. Así en la compra-venta el comprador es acreedor de la cosa y deudor del precio, y el vendedor es deudor de la cosa y acreedor del precio.

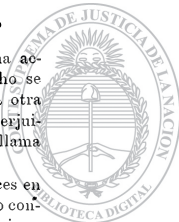
El Código no hace diferencias entre los contratos bilaterales perfectos ó imperfectos, pero en la doctrina existe. En los contratos imperfectos sólo una de las partes se obliga actualmente, mientras la otra se somete á una obligación eventual que sólo tiene efecto después de la ejecución, pero que no es la causa de la obligación primitiva.

Los contratos perfectamente sinalagmáticos engendran en favor de cada una de las partes una acción principal que tiene por objeto la ejecución de las obligaciones que se derivan di-

tratantes es acreedor y deudor á la vez, p. e., en la compra-venta; en los unilaterales uno es acreedor y el otro deudor. Teniendo presente esta posición de los contratantes, se resolverán todas las dificultades. Algunos autores enseñan que el contrato unilateral puede convertirse en bilateral por un pacto accesorio, y los otros lo niegan; p. e., en el préstamo, el prestamista se obliga á no recobrar la cosa prestada, sino después del término convenido; pero estas cuestiones se deben decidir según las circunstancias.

El mandato gratuito es unilateral, el oneroso bilateral, porque de mandato se convierte en locación de servicios, aunque el Código no lo considera así. El préstamo, el depósito gratuito, el comodato y el mandato gratuito son unilaterales. Algunos contratos unilaterales se resuelven por la sola voluntad de uno de los contratantes, pero los bilaterales necesitan del mutuo convenio.—Comp. LAROMBIÈRE, I, al art. 1102, n° 2. TOULLIER, VI, n° 19. DEMOLOMBE, XXIV, n° 23, y AUBRY y RAU, § 341.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1138.—Cód. Francés, arts. 1102 y 1103.—Cód. Italiano, 1099 y 1100.—de Nápoles, 1056 y 1057. Los contratos bilaterales deben siempre dar lugar á dos acciones para garantir las dos obligaciones que comprenden. Los contratos unilaterales, no conteniendo sino una obligación, no exigen sino sólo una acción; sin embargo, puede suceder que el deudor, cumpliendo la prestación á la cual está obligado, haya sufrido pérdidas ó hecho gastos que deba pagarle el acreedor, y la ley en tal caso le concede al efecto una acción; pero esta acción no es sino una consecuencia accidental de actos extrínsecos, y no una consecuencia directa de la obligación primitiva. Por esta razón esa acción se distingue de la que resulta directa y necesariamente del contrato, y se le llama *acción contraria*, en oposición á la de la convención, que se llama *directa*.



rectamente; mientras los imperfectos producen sólo una acción directa que corresponde á las partes en cuyo provecho se ha contraído la obligación principal, y no confieren á la otra sino una acción eventual para la indemnización de los perjuicios ó gastos que hubiere hecho ó podido hacer, que se llama acción contraria.

Los contratos unilaterales se transforman algunas veces en bilaterales bajo cierto aspecto, y es cuando son hechos bajo condiciones ó cargas que debe ejecutar el beneficiado; pero siempre conservan su carácter distintivo.

Los contratos bilaterales son *commutativos*, cuando cada una de las partes recibe una ventaja cierta equivalente á la cosa ó servicio que presta; son *aleatorios*, cuando el equivalente consiste en una cosa ó precio incierto, que depende de circunstancias que pueden aumentarlo ó disminuirlo ó reducirlo á cero.

Se dice también en el Código, que los contratos son á título oneroso ó á título gratuito: son á título oneroso, cuando la ventaja que procuran á una ú otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, ó que se obliga á hacerle (art. 1139, 1ª parte); por consiguiente, todos los contratos bilaterales son á título oneroso; pero no todos los á título oneroso son bilaterales. Son á título gratuito, cuando aseguran á una ú otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte (art. 1139, 2ª parte).

(**Art. 1139.**) Para fijar la naturaleza de un contrato es necesario tener presente el interés de las partes al celebrarlo; y algunas veces debe nacer del título mismo, como en la donación remuneratoria, pues si no constase la intención de remunerar, se considera como gratuita, art. 1823. En general, si una sola de las partes tiene interés, el contrato será gratuito y oneroso si ambos lo tienen directo. Se entiende por interés la ganancia ó provecho material, excluyendo las satisfacciones morales ó de la conciencia. No se debe confundir el contrato oneroso con el bilateral, ni el gratuito con el unilateral: ambas divisiones obedecen á un orden de ideas diverso. Así, todo contrato bilateral es oneroso, pero no todo contrato oneroso es bilateral. La compra-venta, p. e., es bilateral y oneroso; mientras el préstamo es unilateral y oneroso, porque procura ventajas á una y otra de las par-



Como el contrato gratuito se refiere á la ventaja ó provecho que asegura á una de las partes, se deduce de ahí que no todo contrato unilateral es gratuito.

Se dividen también, *los contratos en consensuales ó reales. Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre la forma de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento (art. 1140)*, y por consiguiente,

tes, aunque sólo hay obligación por parte del que recibe el préstamo. Esta división ofrece dos ventajas: los contratos á título oneroso sólo se resuelven por la voluntad de los contratantes; en los á títulos gratuitos, basta que el beneficiado renuncie al contrato; en el oneroso la responsabilidad es mayor en la ejecución. —Comp. AUBRY y RAU, § 341, texto n° 2.

(**Art. 1140.**) El consentimiento es la base de los contratos, sin él no pueden existir, y en este sentido todos los contratos son consensuales. Por nuestro derecho el solo consentimiento produce obligación sin necesidad de llenar ciertas formalidades, aunque el Dr. Velez Sarsfield en la nota á este artículo ha creído separarse de la doctrina francesa, de que basta el consentimiento para producir el contrato. Siguiendo en la nota la legislación romana y sin tener la fuerza para separarse de preocupaciones que no tienen razón de ser en nuestro estado actual de civilización, ha querido volver á consagrar una doctrina falsa en el fondo, contrariando la naturaleza de las cosas. Se ha dicho con razón que la voluntad domina al mundo; y los legisladores más adelantados, sometiéndose á esta manifestación de la conciencia humana, han aceptado esta idea como un principio que debe respetarse, en lo concerniente á las relaciones de derecho entre las personas. Cuando el consentimiento se ha manifestado en la forma externa requerida por las leyes, para asegurarse de la verdad, debe ser respetado, si no está en contradicción con las leyes de orden público. Condenamos, pues, como errónea y sin fundamento la opinión manifestada en la nota. No debemos dar al artículo la inteligencia de la nota, porque contraría los principios del mismo Código. Si es cierto que el contrato real no produce su efecto propio hasta no hacerse la tradi-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1139.—Proem. de la Part. 5ª.—Cód. Francés, arts. 1105 y 1106.—Napolitano, 1039 y 1030.—Italiano, 1101.—Holandés, 1350.

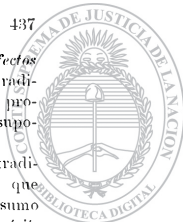


si no pueden quedar concluidos como tales contratos porque les falte las formalidades legales, quedarán como actos preparatorios destinados á producirlos. Así, la compra-venta de inmuebles hecha en instrumento privado, no produce los efectos del contrato de compra-venta; pero las partes pueden obligarse á extenderlo en escritura pública.

Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho á la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato (art. 1141), lo

ción de la cosa, eso no importa decir que no hay contrato; porque la prenda, p. e., ofrecida y pactada en garantía, es válida y hay obligación de entregarla, y si no existe el contrato de prenda hay otro que la hace exigible. Este es uno de los muchos casos en que es necesario rechazar la doctrina de la nota, que colocada para explicar ó glosar la disposición legal, viene á ser contraria á lo dispuesto en diferentes partes del mismo Código.—Véase FREITAS, art. 1904.

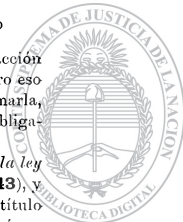
(Art. 1141.) En los contratos reales para producir los efectos propios, es necesario la tradición, porque sin ella no existen como tales, pero producen obligaciones, p. e., en el contrato de prenda, mientras la cosa no está en poder del acreedor éste no puede ejercer el derecho de prenda, y si ha pasado á un tercer poseedor no puede reclamarla; sin embargo, puede exigir que el deudor le dé otra semejante ó pedirle los daños y perjuicios; lo mismo sucedería con la anticresis. La ley no puede negar su fuerza coercitiva para obligar al cumplimiento de lo pactado. Se debe hacer la diferencia siguiente: producirá los efectos propios del contrato real, sólo después de la tradición, pero antes, podrá, sin embargo, ser obligado á cumplirlo; como sucede en la compra-venta ó en cualquier otro contrato en que la tradición es necesaria para producir su efecto propio: antes de ella sólo hay la obligación de entregar la cosa, ó de hacer la escritura pública, si es inmueble. La tradición en su acepción más general es la entrega de la cosa, transfiriendo el dominio ó algún derecho real, y para ser válida debe hacerla el propietario capaz de enajenar, y ser recibida por el capaz de adquirirla. La incapacidad de cualquiera de los contratantes deja sin efecto la tradición. Freitas, art. 1905, dice: «antes de la tradición la promesa aceptada de entregar ó de recibir la cosa sobre que versare el contrato, entra en la clase de los contratos consensuales», y así debemos considerarla, con excepción de los contratos de mutuo gratuito art. 2244, y de comodato art. 2256.



que no implica negarles todo efecto. La expresión de *efectos propios*, indica que no son tales contratos hasta que la tradición de la cosa no se haya realizado; pero no que dejen de producir obligaciones, como el mismo Dr. Velez Sarsfield lo supone en la nota, doctrina que rechazamos como errónea.

Forman la clase de los contratos reales (que exigen la tradición ó entrega de la cosa para producir el efecto propio que el Código Civil les señala): *el mutuo* (préstamo de consumo gratuito); *el comodato* (que es gratuito); *el contrato de depósito* (que puede ser ó no gratuito, según los casos), *y la constitución de prenda y de anticresis* (**art. 1142**), que son seguridades ofrecidas para garantizar obligaciones.

(**Art. 1142.**) El contrato real de mutuo ó préstamo de consumo es aquel en que una de las partes entrega á la otra una cantidad de cosas consumibles; el derecho de consumirlas, propio de la naturaleza del contrato, no se produce sino después de la tradición; antes sólo hay un contrato consensual en que se ofrece la cosa y que puede ser obligado á entregarla, cuando el mutuo es oneroso. En este caso se encuentran los contratos de prenda, de anticresis y de depósito. ¿Por qué el Código no ha comprendido el contrato de renta vitalicia? Porque es un contrato consensual como el de la compra-venta; si el art. 2071 dice que este contrato no queda concluido sino por la entrega del dinero ó por la tradición de la cosa en que consistiera el capital, esto mismo sucede en la compra-venta, que no queda concluida sino con la entrega del precio y de la cosa; mientras eso no tiene lugar, las obligaciones que nacen del contrato son de entregar la cosa ó de obligar á que lo cumplan. Se ha confundido el derecho real que nace de la prenda ó la anticresis, con el contrato real. Hay contratos que producen derechos reales, como el usufructo, la hipoteca, las servidumbres activas, etc.; y sin embargo, nadie puede decir que son contratos reales. La renta vitalicia no es contrato real ni produce derechos reales como el usufructo ó la hipoteca. Algunos confunden el efecto de los contratos reales de prenda y anticresis cuando han sido concluidos como tales como los de esos mismos, antes de consumarlos, si es que podemos expresarnos así. Antes de entregar la prenda no hay contrato real, sino el consensual y el que la ofreció, puede ser obligado á entregarla; pero una vez dada, recién produce los efectos propios de este contrato: como el de retenerla hasta cubrir el crédito garantido, el de hacerla



Mientras no se haya entregado la cosa, no nace la acción propia del contrato, como, por ejemplo, en la prenda; pero eso no implica que no tenga el acreedor el derecho de reclamarla, como sucede en el caso del art. 3215, ó de ejecutar la obligación principal en caso contrario.

Los contratos son nominados ó innominados, según que la ley los designa ó no, bajo una denominación especial (art. 1143), y se deben aplicar á estos contratos las disposiciones de este título y las especiales de aquellos con los que tengan más analogía.

vender para pagar el crédito etc.—Véase FREITAS, art. 1903, y mi *Tratado de Contratos*, n° 15.—Comp. arts. 2190, 2242, 2256, 3204 y 3240.

(**Art. 1143.**) Cuando los contratos son nominados, es decir, tienen un nombre especial, se aplicará lo dispuesto en el título donde se encuentren legislados; si no bastare para resolver la cuestión, se seguirá este orden: 1°, lo dispuesto en el título de los contratos; 2°, el título de las obligaciones; 3°, el título de los hechos, de manera á agotar la materia en la investigación. Cuando no tengan un título especial, como sucede con los innominados, indicamos que primero debía aplicarse lo dispuesto en el título de los contratos en general, y cuando no bastare, se buscará aquellos contratos con los que tuvieran mayor analogía, separándonos de lo enseñado por Freitas en su art. 1898, que determina un orden inverso. La razón que tuvimos para separarnos de Freitas es que lo contratos innominados, no teniendo una legislación especial, estaban sujetos en cuanto á sus condiciones generales á lo determinado en el título de los contratos en general, donde se legisla sobre lo rela-

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 1141 y 1142.—En Derecho Francés, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes, al cual se hubiere obligado.

Bajo este respecto el Derecho Francés difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario, es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria. Sin embargo, por el Cód. Francés, el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sino por la entrega de la cosa que forma el objeto, mas por esto, esos contratos no constituyen contratos reales, pues que la simple promesa seguida de aceptación de entregar una cosa á título de comodato, de depósito, de mutuo, ó de prenda, es civilmente obligatoria. Véase Aubry y Rau, § 340.—Zachariæ, § 610, nota 5°.

CAPITULO PRIMERO

DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS

§ 327. — MODOS DE MANIFESTAR EL CONSENTIMIENTO

Para la existencia del contrato es necesario el concurso de ciertas condiciones esenciales sin las cuales no puede existir: como la manifestación de la voluntad, la capacidad de los contratantes, el objeto cierto del contrato y una causa lícita de la obligación.

El consentimiento (que es la primera condición para la formación del contrato), *debe manifestarse por ofertas ó propuestas*

tivo á la manera de manifestar la voluntad, el objeto y la forma de los contratos, salvo las condiciones especiales requeridas en cada uno de ellos. Sujetarlos á las condiciones de analogía con los demás contratos, es dejar la base general sobre que reposan todos los contratos á disposiciones creadas para casos determinados. Demolombe, XXIV, 29, siguiendo á Larombière, I, al art. 1107, y Durantón, X, 92, apoyan esta opinión. Aubry y Rau, § 341, n° 7, agrega: «una convención que según su objeto y naturaleza constituye un contrato nominado y definido por la ley, debe ser apreciado según las reglas relativas á ese contrato, aunque las partes no lo hayan denominado ó le hayan dado una calificación diferente de aquellas que le pertenecen.»

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1143.—L. 5, Tít. 6, Part. 5ª.—Pothier dice: que esta división exacta en los principios del Derecho Romano no tiene hoy lugar. Durantón sostiene la división diciendo: que en cuanto á la acción, los efectos son los mismos en los contratos innominados que en los que tienen nombre; pero que la diferencia entre unos y otros, en cuanto á sus efectos posibles y la extensión de la obligación, no puede dejar de existir.

«Suponed, dice, que dos vecinos, cada uno de los cuales no tiene sino un buey, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo, y que este último le dará el suyo á su turno la semana siguiente. Esta convención no es un alquiler, porque el precio no es dinero; no es tampoco un préstamo, porque tal contrato no es á título gratuito de una y otra parte: tampoco es un cambio, porque la propiedad no es traspasada; ni sociedad, porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado. Suponed ahora que el buey del uno ha perecido en poder del otro por una culpa leveísima. En tal caso no se pueden aplicar los principios ni del comodato, ni del mutuo, ni de ninguno de los contratos que tienen nombre: y aquel en cuyo poder el buey ha perecido, no será responsable de la pérdida, sino en el caso de una culpa que traiga responsabilidad en los contratantes interesados por una y otra parte.»



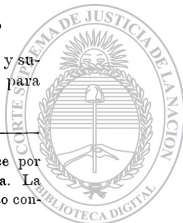
de una de las partes, y aceptarse por la otra (art. 1144); y supone en la persona un desarrollo intelectual suficiente para darse cuenta de las consecuencias del acto que realiza.

(Art. 1144.) La manifestación del consentimiento se hace por oferta de una de las partes y la aceptación inmediata de la otra. La oferta debe tener por objeto una relación de derecho, pues en caso contrario no habría contrato. •

La capacidad de los contratantes es una condición esencial de validez, y deben ser capaces para crear ó modificar el derecho sobre que versa la propuesta ó la aceptación. Cuando el Código dice: «una de las partes debe hacer la propuesta y la otra aceptarla», no se refiere á las *personas* que intervienen en el acto, que pueden ser varias, sino al modo como se forma la relación de derecho; p. e., los vendedores pueden ser tres ó cuatro, y otros tantos los compradores, y no hay sino *dos partes*. Cuando la parte que propone ó acepta el contrato fuere de varias personas, cada una de ellas manifestará su voluntad especialmente; esta es la regla general; pero como dicen Aubry y Rau (§ 343, n° 2): «si un ofrecimiento hecho á varias personas no hubiera sido aceptado sino por algunas de ellas, el contrato no debería ser considerado como formado, aun respecto de los aceptantes, á menos que de las circunstancias apareciese que el ofertante y el aceptante han entendido admitir aceptaciones separadas é individuales», agregando: «el concurso de las voluntades no existe sino á condición de que la aceptación corresponda exactamente á los términos de la oferta, sea en cuanto á la cosa que forma el objeto, sea en cuanto á la naturaleza de la convención, sea en cuanto á las modalidades bajo las cuales puede haber sido hecha ó aceptada la oferta.» Cuando, p. e., vendo mi casa y se acepta mi estancia, ó si me ofertan en venta una casa y la acepto en locación, no hay perfecto acuerdo, y el contrato no existe, sin una nueva aceptación; porque la aceptación modificada se convierte en una nueva oferta que debe ser aceptada á su vez.—Véase mi *Tratado de Contratos*, n° 25.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1144.—El mandato para vender por un precio determinado no autoriza al mandatario para conceder plazos respecto al pago del precio, y la venta hecha por aquél con la concesión de dichos plazos, no consentida por el mandante sino bajo condiciones rechazadas por el comprador, es de ningún efecto.—XLVIII, 554.

La venta hecha con la reserva á favor del Banco Hipotecario, de aprobarla





La manifestación debe ser recíproca entre los que intervienen en el contrato; si se hubiera hecho un ofrecimiento á varias personas, todas deben aceptarlo so pena de quedar sin efecto, á menos de que por las circunstancias especiales se hubiera entendido admitir aceptaciones separadas.

El concurso de voluntades sólo existe á condición de que la aceptación corresponda exactamente á la propuesta, en cuanto á la cosa, precio, naturaleza del contrato y modalidades á que estuviera sujeto, de modo que *cualquiera modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato (art. 1152)*; y éste no existirá, si hubiere error en la cosa ó en la naturaleza del contrato, como si habiendo ofrecido vender, se hubiera aceptado la cosa en locación.

(**Art. 1152.**) Los jurisconsultos romanos discrepaban en este punto, admitiendo unos que el contrato podía formarse, en lo que ambas voluntades hubieran estado de acuerdo; así Pablo y Ulpiano decían: ¿Prometéis dar diez ó veinte? Si hubiera respondido diez, la respuesta es una aceptación, porque en las cantidades parece haberse prometido la que es menor (L. 83 § 3, tit. 1, lib. 45, Dig.), mientras que Gayo sostenía lo contrario, habiendo adoptado el emperador Justiniano esta última opinión, tratándose del préstamo, que era el caso propuesto; no así en lo relativo á otros contratos. En efecto, si me ofreces en venta vuestra casa por diez mil pesos y la acepto por doce mil, creyendo que esa es la oferta, el contrato se considerará formado por los diez mil, en que la voluntad de ambos ha coincidido; en esto están de acuerdo todos los autores. La aceptación por una cantidad mayor de la pedida no importa, pues, una modificación de la oferta, parte de un error del ofertante, y habiendo coincidido con la propuesta se considera aceptada. Y esto que decimos con relación á la cantidad en ciertos contratos se debe aplicar á las demás modificaciones que fueran favorables al proponente, sea por el tiempo ó modo de realizar un contrato, como si se propone la venta á plazo, y la acepto al contado. En los contratos entre ausentes pueden ocurrir con frecuencia estas modificaciones. En

ó anularla, no se entiende perfeccionada, mientras el Banco no la apruebe.—LII, 307.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1144.—En tanto no se justifique la conformidad de ambos contratantes, no puede darse existencia real del contrato.—Jur. Com., V, 389, Sér. 3ª.



En cuanto á la manifestación del consentimiento no está sometida á ninguna formalidad especial; puede hacerse de una manera expresa ó tácita. *El consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito ó por signos inequívocos (art. 1145, 1ª parte); así habrá manifestación expresa cuando ofreciéndome una cosa por un precio determinado hago un signo afirmativo que no deja la menor duda; pero el consentimiento tácito resultará de hechos, ó de actos que lo presupongan, ó que autoricen á presumirlo, excepto los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad, ó que las partes hubiesen estipulado que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades (art. 1145, 2ª parte).*

la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho. No se debe tomar, pues, de una manera absoluta la regla consignada en nuestro artículo.—Comp. DEMOLOMBE, XXIV, n° 51.

(Art. 1145.) La manifestación expresa puede hacerse verbalmente, por escrito ó por signos inequívocos que sean la expresión de la voluntad. Los signos no deben confundirse con los hechos que presupone el consentimiento, y que se refiere á la manifestación tácita. Cuando el contratante no pudiera hacerse entender sino por signos, no habría duda de su aceptación si lo confirmase con un signo de la cabeza; pero en general el contratante puede manifestar expresamente su voluntad valiéndose de esos signos universales y que se reconocen por una aceptación, y como dice Demolombe, cuando se responde á una propuesta con ese signo tradicional y popular de darse la mano reciprocamente en prueba de asentimiento á lo propuesto, *per mutuum manum complexionem*, es una aceptación expresa; así un simple gesto de asentimiento valdrá como consentimiento expreso. En cuanto al consentimiento tácito, resultará de los hechos que se hubieren ejecutado, y su apreciación queda librada al juicio de los magistrados. Cuando la ley presume el consentimiento es necesario una prueba en contra para desvanecer la presunción; mientras los hechos ó actos que lo suponen, quedan á la apreciación de los jueces. Cuando las partes han convenido que el contrato producirá efecto sólo después de deter-

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1152.—La modificación á una oferta importa la proposición de un nuevo contrato.—Jur. Civ.. V, 278, Sér. 3ª.

El consentimiento tácito necesita, pues, de actos que lo hagan presuponer, ó de abstenciones de lo que tenía derecho de

minadas formalidades, el consentimiento está en suspenso y no se considera manifestado, mientras no se hayan realizado, no produciendo efecto sino se ejecutaren; pero no debe confundirse con aquellos actos en que las partes declaran su intención de hacerlos constar en escritura pública, porque entonces la manifestación del consentimiento se ha hecho, y sólo falta llenar formalidades para darle mayor autenticidad.

El silencio no puede tomarse en general como una manifestación de la voluntad; pero hay infinidad de casos en que se presupone; p. e., cuando en mi presencia y tomando mi nombre concluyes un negocio para mí, diciendo que lo acepto, si guardo silencio, se supone que es una manifestación de voluntad; pero no hay presunción legal, y el silencio se debe tomar según las circunstancias en que se ha producido, para apreciar si es una expresión de la voluntad. La presunción legal admite generalmente prueba en contra, pero hay casos donde no se permite; p. e., cuando el juez me llama á reconocer un acto bajo firma privada y ante su interrogación guardo silencio, la expresión de la voluntad es que lo reconozco, y si el juez así lo declara, esa presunción no podrá desvanecerse; otra cosa sucedería si en rebeldía se me diera por reconocido.—Comp. FREITAS, art. 1838, y AUBRY y RAU, § 343, texto n° 3.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1145.—Aubry y Rau, § 343.—Maynz, § 284.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1145.—No determinándose la retribución por el pastoreo, se presume que las partes aceptan el precio corriente si lo habla, ó el que determinen personas competentes.—XII, 464.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1145.—La renuncia á los derechos personales puede tener lugar tácitamente, á excepción de los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera expresa.—Jur. Civ., V, 559. Sér. 1°.

El consentimiento á las modificaciones que una parte pretende introducir en el cuasi-contrato de la litis contestación, debe ser expreso; la falta de protesta en oportunidad no basta para suponer el consentimiento tácito.—Jur. Com., IX, 367, Sér. 4°.

La existencia del pacto comisorio obliga al vendedor á ampararse de él en la fecha del vencimiento; si se justifica que después de esa fecha se conformaba con cumplir el contrato, se conceptúa que existió renuncia tácita.—Jur. Civ., X, 403, Sér. 3°.





ejecutar, y no se debe confundir con la manifestación expresa, que puede tener lugar por medio de signos.

Hay casos en que la ley supone ó presume el consentimiento tácito, y en que para desvanecer la presunción será necesario la prueba contraria; así *el consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare y la otra recibiere la cosa ofrecida ó pedida; ó si una de las partes hiciere lo que no hubiera hecho, ó no hiciere lo que hubiere hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta ó oferta (art. 1146)*, y esta presunción será sin perjuicio de las establecidas por la ley.

Entre personas ausentes el consentimiento puede manifestarse

(**Art. 1146.**) Es la presunción de derecho, y el hecho ejecutado importa una manifestación de voluntad. Freitas, art. 1843, expresa con más claridad la idea al decir: «además de las circunstancias especiales que autorizaren á presumir el consentimiento, ó en que la ley lo presume, debe presumirse...» trayendo los casos tomados por este artículo. No confunde la presunción legal con la de hecho de que habla el artículo anterior, pues la distingue expresamente al separarlas.

El art. 1145 autoriza á presumir el consentimiento, cuando existen ciertos actos, mientras el presente establece una presunción, y por esto debemos limitarlo á los casos expresados, sin tomarlos como un mero ejemplo. Cuando una de las partes entregare y la otra recibiere la cosa ofrecida, la presunción de la manifestación de la voluntad existe, y es necesario para destruirla una prueba contraria. Nuestro Código ha suprimido el segundo caso de Freitas: «si los títulos promisorios de cualquier especie firmado por una de las partes se hallaren en poder de la otra parte ó del legítimo portador». Si es un acto que una de las partes no habría hecho, si no hubiera aceptado la oferta, la presunción legal existe; pero si los hechos ofrecieran duda, siendo el consentimiento la base esencial del contrato, no se debe declarar su existencia sino cuando haya la certeza.—Comp. arts. 914 á 917.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1146.—El consentimiento tácito que se desprende de haber presenciado la construcción de las obras sin protesta, equivale al consentimiento escrito.—Jur. Civ., III, 565, Sér. 2°.

El consentimiento tácito se deriva de hechos que le presupongan ó indiquen de una manera inequívoca.—Jur. Civ., V, 556, Sér. 1°.

por medio de agentes ó correspondencia epistolar (art. 1147), ó por cualquier otro medio en que la voluntad se manifieste de modo á no ofrecer duda.

§ 328.—DE LAS OFERTAS, SU ACEPTACIÓN Y RETRACTACIÓN

Los contratos se forman por la oferta y la aceptación. La oferta ó promesa debe ser hecha á persona determinada, porque no tiene valor cuando no hay quien deba aceptarla. Un anuncio cualquiera ofertando una cosa, no obliga á la persona que lo hace, y sólo en casos determinados y especiales sería condenada á pagar los perjuicios.

Pero cuando se ha ofrecido una recompensa y se ha perseverado en la oferta hasta el momento de la aceptación por per-

(Art. 1147.) En mi Tratado de Contratos hice notar que el consentimiento podía manifestarse igualmente entre presentes, por agentes ó por la correspondencia, no siendo esta forma exclusiva para los ausentes, como parece desprenderse de la redacción del artículo. En efecto, la palabra ausente se debe tomar como lo hace Freitas, art. 1838, en contraposición á la de presente en el lugar mismo; en este sentido se llama ausente el que está en la misma ciudad, pero no concurre al acto. Cuando se habla de correspondencia epistolar, se comprende también la telegráfica, en la forma y modo que las leyes la autorizan para dar autenticidad al telegrama. La comunicación telefónica sería también otra de las formas; pero como es verbal sólo tendrá lugar para los contratos cuyo valor no pase de 200 pesos.—Véase FREITAS, l. c.

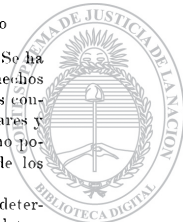
Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1147.—LL. 8 y 9, Tít. 11, Part. 5ª.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1147.—El consentimiento en los contratos debe manifestarse por oferta y aceptación; y éstas pueden hacerse por medio de agentes y por correspondencia entre personas ausentes. La circunstancia de no conocer el vendedor el nombre del comprador hasta el momento de su aceptación, no importa que la oferta sea hecha á persona indeterminada.—XXXIII, 430.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1147.—Si la ley expresamente no los comprende, los contratos por cartas misivas no están incluidos en el impuesto de papel sellado.—Jur. Civ., II, 237, Sér. 3ª.

La aceptación por carta, de una propuesta hecha en la misma forma, importa la perfección del contrato, si es de los que como la locación, pueden hacerse por correspondencia epistolar.—Jur. Civ., VIII, 203, Sér. 3ª.





sona determinada, el contrato se consideraría formado. Se ha decidido por los tribunales franceses, que los anuncios hechos por una compañía de vapores, de recibir carga bajo tales condiciones, en una línea determinada, con partidas regulares y días fijos, constituía una obligación hacia el público, y no podía crear preferencias en favor de unos con perjuicio de los otros.

La oferta debe ser hecha sobre un contrato especial ó determinado, porque no se concibe que haya contrato si no se determina; por eso dice el **(art. 1148)**: *para que haya promesa, ésta*

(Art. 1148.) La determinación de la persona es una condición esencial del contrato, y el artículo resuelve una de las cuestiones que dividían á los jurisconsultos.

En cuanto al momento en que la persona viene á quedar determinada, basta que lo sea cuando la promesa ó la oferta no ha sido aún retirada. En las ventas hechas por licitación verbal, la persona del comprador principia por ser indeterminada, y sólo cuando se acepta la última propuesta viene á determinarse. En los anuncios sobre gratificación al que entregare cosas perdidas, tenemos una disposición especial, y el que la hubiere encontrado podrá elegir entre el precio del hallazgo que el juez puede determinar, ó la gratificación ofrecida, art. 2536. Y por una razón de analogía, cuando por anuncios públicos se hiciere una oferta, produciría efecto si una persona se presentara á aceptarla, aunque no sería bastante para obligar al ofertante á realizar el contrato, y sólo daría acción, según los casos, para reclamar el perjuicio por una *doli actio*. La ley busca el acuerdo de las voluntades, y considera formado el contrato en el momento en que coinciden; pero la oferta debe tener todos los caracteres, porque si la persona á quien se hace no es determinada, no hay ni puede haber aceptación obligatoria. Freitas, art. 1852, n° 2, dice: «no habrá promesa, cuando se prometiére, no á una persona ó personas determinadas, sino al público en general, por anuncios, prospectos, circulares, catálogos ó de otro modo». La promesa debe ser sobre un contrato determinado, y si se refiriere á uno especial, debería tener todos los elementos constitutivos: son, pues, dos casos diferentes: indeterminación de contrato, ó determinación de éste sin los antecedentes que lo constituyen. Como lo dije en mi Tratado de Contratos, n° 51, pueden ocurrir tres casos, regidos por este artículo: 1°, cuando la promesa es hecha á persona indeterminada; 2°, que se haga á persona indeterminada, pero sobre



debe ser á persona ó personas determinadas. Debe ser, finalmente, *sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos*, porque de otra manera faltarían los elementos esenciales que lo forman, y así como no se concibe compra-venta sin precio, no habría donación sin objeto donado.

La oferta en general es insuficiente por sí misma para ligar al que la ha hecho; así es que, *las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, á no ser que el que las hubiere hecho hubiese renunciado á la facultad de retirarlas, ó se hubiere obligado al hacerlas á permanecer en ella hasta una época determinada (art. 1150)*, y aun en ese caso debe reconocerse en el

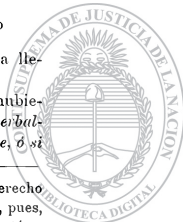
un contrato indeterminado; 3º, que sea hecha á persona determinada sobre un contrato especial, pero sin los antecedentes constitutivos de los contratos. Los tres casos deben comprenderse, aunque el artículo parece abrazar sólo el segundo.—Véase FREITAS, art. 1852, nº 3. SAVIGNY, *Der. de Obl.*, § 59. DALLOZ, arts. 1855, 2, 120 y 329.

(**Art. 1150.**) La oferta ó propuesta difiere esencialmente de la aceptación, en que aquélla es sólo una voluntad que no produce efecto alguno, mientras no se encuentra en armonía con otra que la acepte;

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1148.—Con la resolución de este artículo creemos concluir con las innumerables cuestiones sobre promesas de venta y otros contratos. Troplong, *Vente*, sobre el art. 1589, nos hace ver que el Código Francés no ha resuelto esas cuestiones, y ni él las resuelve después de proponerlas y de consagrarles largas páginas.

Zachariæ enseña que no es necesaria la determinación de la persona, que todos los que ejercen públicamente un comercio ó una industria, y que anuncian al público los efectos que venden y los precios de ellos, están obligados á la venta desde que se presenten compradores. Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, § 61, sostiene la doctrina del artículo con la sola excepción de los títulos al portador, que, como se ha visto, pertenecen al derecho público. Cuando una persona ofrece una recompensa al que le restituyese una suma perdida, ó que se ofrece un premio por un descubrimiento útil, ó cuando en un remate se ofrece una cosa por un precio cierto, la indeterminación que se presenta es sólo en el tiempo en que el contrato se prepara, y no en el tiempo mismo en que el contrato se concluye. Entonces ya hay una persona determinada.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 1148*—Las modificaciones á una propuesta, aun aceptándola en principio, importan la proposición de un nuevo contrato que para que se concipia terminado por correspondencia, su aceptación debe resultar en términos explícitos.—Jur. Com., II, 321, Sér. 4º.



autor de la oferta la facultad de revocarla antes que haya llegado á conocimiento de aquel á quien se hizo.

La aceptación puede hacerse mientras la oferta no se hubiere retractado, y en cuanto á la *oferta ó propuesta hecha verbalmente, no se juzgará aceptada, si no lo fuese inmediatamente, ó si*

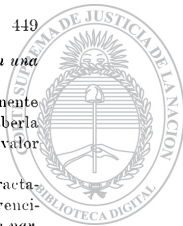
por el contrario la aceptación fija y determina una relación de derecho cuando está en armonía con la propuesta. Una propuesta puede, pues, retractarse cuando no ha sido aceptada; una aceptación sin que esté en consonancia con la propuesta, no tiene valor alguno. La proposición del artículo adquiere importancia, cuando el proponente se hubiere obligado á no retirarla, ó hubiere determinado una época para esperar su aceptación, y la hubiera retractado después de llegada á conocimiento de la otra parte, de que nos ocupamos en el art. 1155. En el primer caso, ¿hasta qué tiempo debe esperar el proponente? Como al hacer la propuesta no ha entendido esperar siempre, es una cuestión de hecho que se resolverá teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, la facilidad de las comunicaciones y las circunstancias especiales; así, la retractación puede hacerse, y no responderá por los perjuicios causados por una aceptación tardía. En el segundo caso la retractación no puede tener lugar hasta el cumplimiento del plazo señalado; porque el contrato ha sido precedido de uno anterior en que me obligué á esperar la respuesta, un contrato innominado que liga mi voluntad y me obliga á perseverar. Si dentro del término convenido la aceptación tiene lugar, el contrato se ha perfeccionado; pero esto no quiere decir que si durante ese tiempo el proponente ha muerto ó perdido su capacidad el contrato podría formarse; no, porque entonces no encontraría voluntad; fuera de esos casos habría una convención lícita cuyo cumplimiento podría exigirse. Si la aceptación se hace dentro del término, el contrato se habrá formado desde la aceptación, sin que haya motivo para retrotraerlo al tiempo de la oferta, porque las voluntades recién en ese momento han coincidido, conclusión que es de importancia, porque si la cosa ofrecida se deteriora ó perece por mi culpa estaré obligado; si durante el tiempo acordado la cosa ofrecida perece sin culpa del proponente, ó si éste falleciere no puede existir contrato, porque no existe la cosa en el primer caso, y falta la voluntad en el segundo, á menos de haberse mantenido la propuesta por los herederos en casos de muerte, como lo trae Freitas en el art. 1844.—Comp. DOMOLOMBE, XXIV, n° 65. TOULLIER, III, n° 30. Contra LAROMBIÈRE, I, n° 14, art. 1101. Y nuestros arts. 761, 875 y 1795.

hubiese sido hecha por medio de un agente, y éste volviese sin una aceptación expresa (art. 1151).

No habrá necesidad de retractación, cuando el proponente hubiera fijado un término y éste se hubiera vencido sin haberla aceptado; pasado ese término, la aceptación no tendría valor alguno.

La oferta quedará sin efecto alguno (no sólo por la retractación del proponente antes de haberla aceptado, y por el vencimiento del término concedido, sino también) *si una de las par-*

(**Art. 1151.**) El término *inmediatamente* no se refiere á la instantaneidad de la respuesta, sino á la continuidad de la negociación, de modo que no se interrumpa por un acto extraño, pues haría suponer con razón que ha sido rechazada. Todas estas cuestiones ofrecen poco interés, pues sólo pueden aplicarse á limitado número de contratos verbales. Freitas, art. 1850, expresa mejor la idea cuando dice: «en esos casos no habrá propuesta, pues en realidad una propuesta no aceptada, no es tal.» El artículo, por el contrario, establece presunciones para la aceptación, y reputa no aceptada la propuesta sino lo fuese inmediatamente. Freitas dice: «se juzga como no hecha á menos que el proponente no quiera aceptarla: 1º, habiéndose hecho verbalmente, si la otra parte no la aceptase inmediatamente; 2º, habiéndose hecho por agentes encargados de traer la respuesta, si éste volviera sin decisión; 3º, habiéndose hecho por agente no encargado de traer la respuesta ó por carta misiva á persona residente en la misma ciudad ó villa, si no recibiera respuesta hasta el día siguiente; 4º, habiéndose hecho á persona no residente en la ciudad, villa ó provincia, si no recibiese la respuesta hasta corrido tres días después de pasado el tiempo necesario para que las dos comunicaciones lleguen á su destino; 5º, habiéndose hecho con plazo designado para aceptarla, si no recibiere la respuesta dentro del plazo; 6º, habiéndose hecho con cláusula de esperar la respuesta, si no la recibiere hasta 30 días después de corrido el plazo para recibir las dos comunicaciones; 7º, habiéndose hecho á una corporación, si no recibe respuesta después de haber corrido el tiempo necesario para deliberar; 8º, habiéndose hecho á dos ó más personas sobre el mismo negocio, si la aceptación no fuera unánime.» Hemos transcritos todos los casos para que se comprenda su importancia y se tengan reglas seguras en la resolución de las dificultades que ocurren.—Comp. DEMOLOMBE, XXIV, n° 146 y sig.



tes falleciere ó perdiere su capacidad para contratar; el proponente antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado (art. 1149); así, los herederos del aceptante no

(**Art. 1149.**) No se debe confundir la capacidad de contratar con la de manifestar el consentimiento. Así, cuando una mujer mayor de edad ha hecho una oferta que viene á ser aceptada estando casada, ó si fué hecha por el menor emancipado, y es aceptada cuando el matrimonio se ha declarado nulo y ha vuelto á la patria potestad; en ambos casos el contrato existe, si la aceptación tuvo lugar cuando eran capaces: pero podría anularse si la aceptación fuera después de perdida la capacidad. La manifestación de la voluntad en el primer caso, ha coincidido en el momento de la aceptación, lo contrario ocurriría si el proponente hubiera perdido la razón antes, pues no habría el concurso de las dos voluntades.

Parece que está en colisión con el art. 1154, y vamos á salvarla en cuanto sea posible. El presente es tomado del art. 1844 de Freitas; mientras el art. 1154 es de Aubry y Rau, § 343, texto, n° 3, al fin. que no admite tal doctrina, sosteniendo, por el contrario, que el concurso de la voluntad de las partes se ha realizado por el hecho de la aceptación, sin ser necesario que el proponente tenga conocimiento, y admitiendo sólo la retratación, cuando la aceptación ha podido ser anulada antes de haber llegado al conocimiento del proponente. La siguiente interpretación podría conciliar ambos artículos: el 1154 sería la regla general á que debe sujetarse todo contrato; el 1149 y el 1155, las excepciones, pues autoriza el uno á retractar la aceptación antes de haber llegado á conocimiento del proponente, y el otro á dejar sin efecto la oferta cuando el proponente ha fallecido ó perdido su capacidad antes de saber la aceptación; lo que implica establecer que la aceptación no perfecciona el contrato desde el envío al proponente. Esta interpretación es sugerida por el Dr. Llerena, quien después de haberla rechazado en la pág. 190, concluye por aceptarla en la pág. 192.

Estos artículos se contradicen en su texto, y es necesario penetrar en su esencia para armonizarlos. Yo había propuesto esta interpretación: si la oferta fué aceptada y enviada antes de ocurrir la muerte ó incapacidad del proponente, el contrato ha quedado perfecto, porque las voluntades han coincidido; si, por el contrario, tuvo lugar después, no hay contrato, porque no hay voluntad sino por una de las partes. Esta opinión está de acuerdo con la nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1154, en que decidiéndose por la opinión de Aubry y Rau



podrían legalmente aceptar la oferta hecha á su causante. Y la razón es que la ley busca el instante en que el consentimiento de ambos contratantes viene á coincidir para formar el contrato; ese instante es imposible en el caso propuesto.

El principio general es que una vez aceptada la oferta el contrato queda concluido; así dice el (art. 1154): la acepta-

trae las palabras de Cadrés, demostrando que si fuera necesario esperar la conformidad del proponente, con igual razón debería esperarse la del aceptante, y entonces no habría jamás el concurso de voluntades por correspondencia. Esta opinión es apoyada por los jurisconsultos más notables, como Larombière, Aubry y Rau, Duranton, Marcadé, Demolombe y otros. Se debe buscar el concurso de la voluntad de las partes, de modo que si tuvo lugar cuando eran capaces ó existían, el contrato se considerará perfecto. Freitas mismo, creador de la teoría de nuestro Código, dice en el art. 1840: «cuando los contratos se hacen por agentes se reputan concluidos, luego que una de las partes haya declarado al agente de la otra su aceptación. Si la aceptación fuera transmitida por el agente del aceptante, no se reputará concluida hasta que haya llegado á conocimiento de la otra parte»; en lo que hay lógica, pues se busca ese medio para concluir el contrato, y no hay manifestación de voluntad, mientras el representante del aceptante no haya contestado; lo que no sucede en los casos en que el contrato se hace directamente por correspondencia.—Véase las notas 504, 875 y los arts. 1150 á 1155, 1793, 1795 y 1796 y mi *Tratado de Contratos*, n° 56 y sig.

(Art. 1154.) El principio que nace de este artículo ha venido á resolver una de las cuestiones que agitaron á los jurisconsultos, admitiendo unos la conclusión del contrato, cuando la respuesta afirmativa hubiera llegado á conocimiento del proponente, mientras los otros sostenían que bastaba el envío de la aceptación; doctrina consignada en nuestro Código, pues desde ese momento la voluntad ha coincidido en ambas partes; principio falseado en el art. 1149, que debe enten-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1149.—Pothier, *De la Vente*, n° 32.—Duranton, XVI, n° 45.—Duvergier, *De la Vente*, I, n° 67. Los herederos de aquel á quien la proposición se ha dirigido, no tienen derecho á aceptar la propuesta con efecto respecto al proponente, porque pueden mediar consideraciones personales al tratarse de un contrato, y porque no es lo mismo obligarse ó que se obligue una sola persona, ó que sean varias las que deban cumplir el contrato. Sobre este punto, Toullier, VI, n° 31.—Duvergier, I, n° 69.

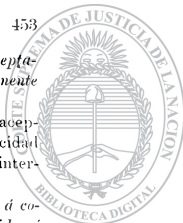




ción hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente; pero este principio tiene las limitaciones siguientes, que se pueden considerar como excepciones:

derse como lo explicamos allí. El pensamiento no está bien expresado, pues debió decirse que la aceptación tendría lugar, cuando estuviera en poder del aceptante el detenerla, lo que sucedería con una carta puesta en el correo, pero que podría anularse por medio de un telegrama. Debemos aplicar los siguientes principios: 1º, el proponente puede retractar su propuesta y hacer nula la aceptación, cuando no ha llegado á conocimiento de aquel á quien se hace; 2º, el aceptante puede á su vez retractar la aceptación, mientras no ha llegado á conocimiento del proponente. Este último principio parece contrariar fundamentalmente el consagrado por el artículo, que declara perfecto el contrato desde el envío de la aceptación; pero no debe tomarse en un sentido absoluto, pues el artículo siguiente autoriza á retractarla antes de haber llegado á conocimiento del proponente. La contradicción es más aparente que real y la expliqué en mi Tratado de Contratos, n° 85. La facultad de la retractación de la oferta ó de la aceptación está en la posibilidad de que llegue primero á conocimiento de uno ú otro. ¿Qué perjuicio puede causar á aquel á quien se le propone un contrato que se le diga antes de conocer la propuesta, que queda sin efecto? ¿Qué al proponente á quien se le ha aceptado la oferta por una carta, si se la rechazare por un telegrama antes de conocer la aceptación? Pero entonces violamos el principio de que el contrato se considera concluído desde que las voluntades han coincidido. No lo creo; porque la restricción se funda en la naturaleza de las cosas, en la justicia y la equidad, y si fué necesario sentar este principio para dar una base fija al contrato, la restricción en nada altera su naturaleza.—Comp. AUBRY y RAU, § 343, texto n° 3, y sobre todo la nota 25.

Nota del Dr. Velez Sarsfield del art. 1150 al 1154.—Cuando quede formado el contrato por correspondencia, es materia que ha dividido á los juriconsultos franceses. Las Leyes Romanas no presentan ninguna resolución sobre esta delicada cuestión. La doctrina en que se funda nuestro artículo es sostenida por Aubry y Rau, § 343 y nota 3, letra a. Por Zachariæ, § 613.—Dauranton, XVI, n° 45.—Marcadé, sobre el art. 1108, y por otros escritores. Pero Troplong, *Vente*, I, n° 22—Merlin, *Vente*, § 1—Delamarre, I, n° 247—Toullier, VI, n° 29, y Maynz, § 284, nota 10, enseñan que la conclusión del contrato no sucede hasta el momento en que la respuesta afirmativa llega á poder del que ha hecho la proposición; y que hasta entonces cada uno de ellos puede cambiar de voluntad. El juriconsulto Cadrés entró en la cuestión combatiendo victoriosamente la opinión de Troplong en un artículo que se encuentra en la Revista de Legislación de



1ª *Que el aceptante de la oferta puede retractar su aceptación antes que ella haya llegado á conocimiento del proponente (art. 1155, 1ª parte).*

2ª *Que la oferta queda sin efecto, aunque hubiere sido aceptada, cuando falleciere el proponente ó perdiera su capacidad antes de haber sabido la aceptación; pero me inclino á la interpretación dada en la nota.*

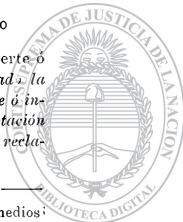
Si la retractare (la aceptación) después de haber llegado á conocimiento de la otra parte, debe satisfacer á ésta las pérdidas é intereses que la retractación le causare, si el contrato no pudiese cumplirse de otra manera estando ya aceptada la oferta (art. 1155, 2ª parte).

(Art. 1155.) Este artículo contiene una juiciosa restricción al principio enseñado en el anterior, pues no debe ser aplicado de una manera absoluta; porque si en general el contrato queda concluido por la aceptación de la oferta enviada al proponente, es siempre en el sentido de que el aceptante no tenga en su poder los medios de detenerla; si los tuviera de modo que el rechazo llegara primero que la aceptación, no habría razón para mantener la inflexibilidad del principio causando un verdadero perjuicio á ambos contratantes. El legislador ha admitido el principio de que la aceptación enviada al proponente concluye el contrato, sin esperar que llegue á su conocimiento, porque era necesario fijar el momento en que ambas voluntades coincidían, para evitar el círculo infinito que se formaría, si fuese necesario que llegara á conocimiento de ambos; pero no ha podido impedir que si la retractación fuera posible antes que llegara á conocimiento del proponente, quede sin efecto la aceptación. Las obligaciones son restricciones puestas á la libertad, y en caso de duda se debe decidir en favor de ésta.—Véase mi *Tratado de contratos*, n° 88.

Para que la aceptación no pueda ser retractada, el conocimiento

Felix, año 1814, pág. 268. Entre otros fundamentos, dice: «Que siguiendo los principios de Troplong, el que ha aceptado la propuesta, tendría que esperar que le llegara la conformidad del que la hizo, y entonces nunca habría concurso de voluntades por correspondencia. Sería querer encontrar el fin de un círculo.»

Fallos de la Cim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1154.—La aceptación por carta, de una propuesta en la misma forma, importa la perfección del contrato, si es de los que, como el de locación, pueden hacerse por correspondencia epistolar.—Jur. Civ., VIII, 203, Sér. 3ª.



En los casos en que la oferta queda sin efecto por muerte ó incapacidad del proponente, *la parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte ó incapacidad sobreviniente, y que á consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos ó sufrido pérdidas, tendrá derecho á reclamar pérdidas é intereses* (art. 1156).

debe ser el adquirido por la contestación misma y no por otros medios; así, una vez llegada la contestación, no podía ser retractada; si la retractación llegó después de la aceptación, el contrato se considera concluido. Si el proponente envió la aceptación, antes de la retractación tiene derecho á exigir el cumplimiento del contrato concluido, y sólo en caso de no poder cumplirlo, como una acción subsidiaria, debe satisfacer las pérdidas é intereses; esto resulta del texto mismo del artículo cuando dice: «debe satisfacer las pérdidas é intereses que la retractación le causare, si el contrato no pudiese cumplirse de otra manera.»—Véase mi *Tratado de Contratos*, nos 86 á 89, y FREITAS, artículo 1851.

Cuando se hubiere dado plazo para mantener la propuesta, no podrá retractarla hasta no haberse vencido.

(**Art. 1156.**) La propuesta es el principio ó comienzo de un acto jurídico, que no ha producido efecto, y busca perfeccionarse; la aceptación es la conclusión del acto que lo perfecciona y crea derechos. La propuesta no llega á conocimiento de aquel á quien se hizo, es un acto que no da derecho alguno, y puede retractarse antes de haber sido aceptada; pero para ser lógico con los principios enseñados por el Código y la doctrina, es necesario admitir que la retractación del proponente antes de la aceptación no ha formado contrato alguno. En muchos casos serán cuestiones de hecho; p. e., se hace una propuesta el 12 de Julio de 1894, enviándola á su destino, propuesta aceptada el 14 del mismo mes; pero la retracto el 15 antes de conocer la aceptación; en este caso la retractación no ha podido hacerse, porque estaba concluido el contrato; por el contrario, la retracto el 13 y sólo el 14 es aceptada: no habrá contrato, pues no ha existido el concurso de las voluntades; pero si el aceptante hubiere hecho gastos ó sufrido pérdidas por la retractación, podrá demandarlas, según el principio enseñado en el artículo 1109. Lo mismo sucederá si el que la hizo muriese ó viniese á ser incapaz el 14 y fuese aceptada el 15, el concurso de las voluntades no habría existido; no sucederá así, si la aceptación hubiera sido el 13



Las ofertas pueden ser hechas de muchas cosas en conjunto ó alternativamente; si son en conjunto, la aceptación de unas y el rechazo de las otras importan una nueva propuesta que requiere á su vez la aceptación del proponente; pero *si la oferta hubiese sido alternativa, ó comprendiendo cosas que puedan separarse, la aceptación de una de ellas concluye el contrato. Si las dos cosas no pudiesen separarse, la aceptación de sólo una de ellas importará la propuesta de un nuevo contrato (art. 1153).*

antes que la incapacidad sobreviniese, el contrato estaría concluido y surtiría todos sus efectos. Los gastos y pérdidas sufridas que el aceptante puede demandar aún de los herederos, son los que se comprenden en el daño emergente, pero no los del lucro cesante, á que sólo tiene derecho cuando el contrato estaba perfecto.—Véase AUBRY y RAU, § 343, texto n° 2 al fin, y mi obra cit. n° 90 y sig.

(Art. 1153.) La oferta alternativa puede abrazar cualquiera de las cosas comprendidas en ella, sea con un precio determinado y diferente por cada una, sea cualquiera de las ofrecidas por un precio único; en este caso quedará concluido el contrato por la aceptación, pues se supone que hay tantas propuestas separadas, cuantas cosas se ofrecieron. Si se propusieron varias cosas en conjunto, pero con un precio determinado por cada una de ellas, será necesario averiguar cuál fué la intención del proponente, aunque en general se puede decidir que la aceptación de una de ellas formará el contrato; p. e., ofrezco mi casa por tal precio, el mobiliario por tal otro, y mi carruaje por otro; aunque la respuesta no es alternativa, como pueden separarse, valdrá la aceptación de cualquiera de ellas.

En el n° 79 de mi Tratado de Contratos, dije que no era necesaria la separación material, sino en la manera de hacer la propuesta; se debe, pues, consultar la naturaleza de las ofertas y demás circunstancias. Cuando se han ofrecido varias cosas por un precio y se acepta una por el mismo precio, lo que puede suceder en los contratos por correspondencia, la aceptación por la sola cosa hace perfecto el contrato, porque en ella han coincidido las dos voluntades. Cuando la propuesta no era alternativa, aunque las cosas pudieran separarse materialmente, no habría contrato por la aceptación de una de ellas, desde que han sido ofrecidas en conjunto; la aceptación de una importaría una nueva propuesta.—FREITAS, art. 1849.

Nota del Dr. Velez Sarfield á los arts. 1155 y 1156.—Toullier, VI. n° 30—Duvvergier, *De la vente*, I, n° 56—Aubry y Rau, § 343.



§ 329.—DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Para que el contrato sea válido, no basta que las partes sean capaces y el objeto sobre que versa no sea de los prohibidos; ni que el consentimiento se haya manifestado recíprocamente; es necesario además que ese consentimiento sea libre; es decir, no sea el resultado del error ó de la violencia, dolo ó fraude; pues si así fuera el acto se anularía, y el Código dice: *el derecho de anular los contratos por vicios del consentimiento, corresponde á la parte que los hubiere sufrido, y no á la otra parte, ni al autor del dolo, violencia, simulación ó fraude (art. 1158). Lo dispuesto en el título DE LOS HECHOS, de este libro, respecto á los vicios del consentimiento, tiene lugar en todos los contratos (art. 1157).* Así, anulan el contrato: el error sobre la natura-

(**Art. 1158.**) Cuando el contrato adoleciera de los vicios de error, dolo, fraude, simulación, etc., que impiden la manifestación libre del consentimiento, y llenan todas las formas externas, se considerarán válidos hasta que una sentencia los haya declarado nulos; á diferencia de los hechos contra la prohibición de la ley, que llevan en sí el sello de la nulidad, y no pueden servir de título para la prescripción. La nulidad proveniente de aquellos vicios sólo puede ser alegada por el que sufrió el error, dolo, etc., pues si él no lo reclama dentro de los términos del art. 4030, se entienden ratificados tácitamente y la otra parte nada puede reclamar. Este principio parece no estar en armonía con el enseñado, de que si no existe el consentimiento por ambas partes no hay contrato; pero basta observar que el consentimiento existe, aunque viciado, y es lógico dar derecho sólo al que no tuvo la completa libertad. Freitas, art. 1865, agrega: «Corresponde á la parte que los hubiere sufrido ó á sus representantes», y así debe entenderse.—Véase mi *Tratado de Contratos*, n° 204 y sig.—Comp. arts. 1048, 1049 y 4030.

(**Art. 1157.**) En esta parte fué corregida la cita con arreglo á la observación de la Instituta, nota 165, pues había un error de imprenta. Lo que se dijo en los arts. 924 y sig. sobre el error respecto á la naturaleza del acto, á la persona con la que se forma la relación de derecho, sobre la causa principal, objeto, calidad principal de la cosa, dolo, fuerza, temor, hasta el art. 943, debe aplicarse á los contratos, pues, viciando el consentimiento, que es la base esencial, lo dejan sin efecto,

leza del acto jurídico, el relativo á la persona con la cual se forma la relación de derecho, el error sobre la causa principal ó sobre la calidad que se ha tenido en mira, y el relativo al objeto.

En cuanto al dolo para que pueda afectar la validez del acto, es necesario que sea grave, ocasione un daño importante, sea la causa determinante de la acción, y que no haya sido cometido por ambas partes.

Con relación á la falta de libertad de los agentes, debe emplearse contra ellos una fuerza irresistible, sea por el mismo contratante ó por un tercero; pero no viciará el consentimiento, el temor reverencial, ó de los descendientes para con sus ascendientes, ó el de la mujer para con el marido.

Cesa el derecho de alegar tales nulidades (las de los vicios del consentimiento), cuando conocidas las causas de ellas ó después de haber cesado éstas, los contratos fuesen confirmados expresa ó tácitamente (art. 1159).

y deben comprenderse los vicios de simulación y fraude, arts. 955 á 972.— Véase lo dicho en esos artículos, y en mi *Tratado de Contratos*, n° 93 y sig.

(Art. 1159.) Hay dos clases de vicios del consentimiento: 1ª, los del dolo, error, fraude, simulación, que suponen ignorancia en el que lo sufre; 2ª, los de fuerza ó intimidación, que le son conocidos. Para los primeros, el acto puede ratificarse después de descubrirse el error, dolo, etc.; en el segundo sólo desde que cesó la fuerza ó violencia. Vanamente se confirmarían esos actos si no han cesado las causas. ¿Quién debe demostrar el error y hasta qué tiempo puede alegarse? El que alega una excepción debe probarla. Con relación al tiempo, la ley da el término de dos años á contar desde que se conoció el error, dolo ó falsa causa. ¿Pero puede alegarla después de 10 ó 15 años probando que recién la conoció? La solución es difícil y para resolver la cuestión distinguiríamos: si la cosa objeto del contrato doloso es un bien raíz, y permaneciera en poder del mismo que cometió el dolo, sólo podría cubrirlo la prescripción de 30 años, art. 4016; pero si ha pasado á tercera persona de buena fe, puede alegar la prescripción ordinaria de 10 ó 20 años y quedar válido el acto. El mismo que ha causado la violencia ó ha ocasionado el dolo, no puede alegar la prescripción ordinaria. La confirmación se hace con efecto retroactivo, aunque



CAPÍTULO II

DE LOS QUE PUEDEN CONTRATAR

§ 330.—DE LOS INCAPACES PARA CONTRATAR

La capacidad de obrar de los agentes, se rige por la ley del domicilio de las personas; pero el Código legisla para los que están domiciliados en la República, al hablar de la incapacidad para contratar. Así dice, *no pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta* (art. 1160, 1ª parte), como el menor im-

Maynz, § 120, sostiene que es forzar la naturaleza de las cosas declarando que ha existido una cosa en la época en que no existió, á lo que puede contestarse que el hecho material ha existido, y no se contraría la naturaleza cuando se reconoce su existencia y se renuncia á la facultad de atacarlo ó anularlo. Véase arts. 1044, 1048 y 1060 y sus notas. Mi obra de *Contratos*, n.º 206 y sig. y FREITAS, art. 1865.

(Art. 1160.) El Código, separándose de sus modelos, el Francés, art. 1123, y Freitas, art. 1870, ha olvidado expresar la idea positiva de quiénes son los que pueden contratar, y procede en forma negativa, lo que es un error. El Cód. Francés dice: «toda persona puede contratar, si no ha sido declarada incapaz; y Freitas, siguiendo esta idea, agrega: «pueden contratar los que en este artículo no son exceptuados», entrando á hacer la enumeración que el nuestro ha seguido. Debemos partir, pues, de una base cierta y decir: será capaz de contratar toda persona á quien no se le hubiere prohibido.

La incapacidad de obrar no debe confundirse con la de derecho. Los incapaces absolutamente son los indicados en el art. 54, unos por imposibilidad física, otros por imposibilidad moral; pero los actos ejecutados pueden confirmarse desaparecida la incapacidad, art. 1060, aunque entre nosotros muchos sostengan que son inconfirmables, siguiendo el texto del art. 1047. Véase la nota á ese artículo. Son incapaces relativamente los menores púberes y las mujeres casadas, que estando sujetas á la patria potestad los unos, y á la marital las otras

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1159.—Véase Maynz, § 122 y nota 46.

Faltos de la S. C. N. —*Aplicación del art. 1159.*—No puede admitirse la existencia de fuerza ó miedo en una obligación que resulta *contrafalta* con voluntad deliberada y persistente, y tácitamente confirmada después de la cesación del hecho en que se funda la fuerza y miedo alegado.—LVII, 349.

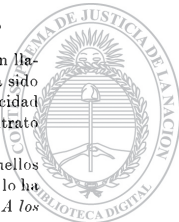




púber, las personas por nacer, los dementes, los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito y los ausentes declarados en juicio. Es necesario no confundir la incapacidad que anula un acto con la que sólo lo hace anulable. Así, la incapacidad necesitan de la autoridad de sus padres, tutores ó maridos; pero los actos celebrados son válidos mientras no sean declarados nulos por el juez á solicitud de sus representantes. Esto no importa una incorrección, porque si no hay una disposición expresa que les impida contratar, las hay claras y terminantes que dicen: «cesa la incapacidad de los menores», art. 128, lo que quiere decir que lo son; por otra parte, los padres pueden estar en juicio y celebrar en nombre de sus hijos menores cualquier contrato, art. 274; además, el tutor es el representante del menor, gestiona y administra solo y todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, art. 411, y muchas disposiciones como las del art. 133 en que al emancipar al menor se le habilita para todos los actos de la vida civil, lo que implica decir, que antes era incapaz.

Los que están excluidos de poder hacerlo con personas determinadas, como el padre con sus hijos menores en su poder, el tutor con los pupilos bajo su guarda y las demás prohibiciones registradas en cada contrato especial, como en la compra-venta donde se prohíbe comprar á las personas designadas en el art. 1361. Estas incapacidades son de derecho y no de hecho, como la que se refiere á la incapacidad de obrar, y los actos son nulos por ser practicados contra la prohibición de la ley.

Los religiosos profesos, porque están sujetos por sus estatutos bajo las órdenes de sus superiores; pero se entiende que lo son únicamente los de aquellas órdenes que han sido reconocidas por la ley, ó cuando el religioso obedece á sus superiores viviendo en convento; si lo ha abandonado secularizándose, la incapacidad cesará. No se puede incapacitar á un individuo que ha dejado de pertenecer á la orden y recobrado su libertad de acción. Los religiosos profesos han perdido su capacidad de obrar, y no pueden dar poderes, ni hacer enajenaciones de sus propios bienes, sin intervención judicial y del ministerio de menores ó de incapaces, con arreglo á las leyes generales, y están especialmente sujetos á los estatutos de la orden á que pertenecen. Si por éstos, todos los bienes actuales de los profesos, así como los que adquiriesen adelante deben pertenecer á la comunidad, como dichos estatutos son la ley especial, serán los representantes ó síndicos de los conventos los que deberán intervenir; si los estatutos nada dijeran respecto de los bienes, ni de la representación de los profesos, se procederá como en el caso de los incapaces de hecho.



dad absoluta no corresponde á la nulidad, que se ha dado en llamar absoluta, porque el acto es válido mientras no haya sido reclamado por el incapaz ó su representante. La incapacidad relativa, en vez de producir nulidad relativa cuando el contrato fuere prohibido, lo anula por completo.

La regla de derecho es que pueden contratar todos aquellos á quienes la ley no les hubiese prohibido expresamente, y lo ha prohibido: 1° *A los incapaces por incapacidad absoluta*; 2° *A los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido*; 3° *A los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas ó respecto de cosas especiales*; 4° *A aquellos á quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas á cada uno de los contratos*; 5° *A los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles á dinero de contado, ó contratasen por sus conventos*; 6° *A los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan á la masa del concurso, si no estipularen concordatos con los acreedores* (**art. 1160, 2ª**

Por el Código no hay incapacidad de derecho, y por consiguiente, los religiosos pueden adquirir por herencia.

Los comerciantes fallidos no pueden hacer acto alguno sobre los bienes que correspondan á la masa, lo que implica la facultad de ejecutar todos los demás actos de la vida civil. En esta parte se corrigió la palabra *contratos* por la de *concordato*, que es un error de imprenta notado en el número 312 de la Instituta y en mi Tratado de Contratos pág. 216. Los concursados civilmente están en la misma categoría que los fallidos.—Véase FREITAS, art. 1870, y nuestros arts. 54, 55, 128, 135, 515, n° 1 y 1042.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1160.—L. 4, Tít. 11, Part. 5ª, L. 11 Tít. 10, Lib. 1.—Cód. Francés, arts. 1123 y sig.—Napolitano, 1077—Holandés, 1365.—Ténganse presente los arts. 51 á 57 donde están designadas las personas que tienen incapacidad absoluta ó incapacidad relativa.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1160.—La inhibición general es procedente contra el concursado.—Jur. Civ., VI, 446, Sér. 2ª.

El apoderado del fallido tiene derecho á intervenir en los autos que aquél tenga interés, sin excluir al Síndico del concurso.—Jur. Civ., VII, 55, Sér. 6ª.

(**Art. 1160.**) Véase pág. 458.

parte); y cualquier contrato hecho contra esta prohibición será nulo, pero podrán confirmarse cuando hayan desaparecido las causas.

§ 331.—DE LOS CONTRATOS Á NOMBRE DE OTROS

La voluntad manifestada por una persona de obligar á otra ó de obligarse para con ella, es un acto personal; por eso *ninguno puede contratar á nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, ó sin tener por la ley su representación. El contrato celebrado á nombre de otro, de quien no se tenga autorización ó representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente ó ejecutase el contrato (art. 1161)*, porque ambos saben que no pueden obligarlo contra su voluntad.

(**Art. 1161.**) Nadie puede estipular en su propio nombre sino para sí mismo, de donde se deduce la regla establecida por el Código; nadie puede contratar por un tercero sin estar autorizado por él, ó sin que tenga por la ley su representación, como el padre por sus hijos menores bajo su potestad, el tutor por sus pupilos, etc. Como se dijo en la Instituta, nota 167, se deben distinguir los casos de gestión de negocios en que, sin mandato, se ejecutan actos á nombre de otro: los principales son: cuando el mandatario hace el negocio excediendo el mandato ó después de renunciarlo; si lo hizo creyendo tener mandato, ó virtud de uno nulo ó anulable; si trató como propio un negocio que sabía era ajeno ó como perteneciente á una persona siendo de otra, ó si era un negocio común con otro y lo hizo teniendo en mira su propio interés; en estos y otros casos semejantes lo hecho por el tercero obligará al principal sin necesidad de ratificación, porque se considera dada tácitamente la autorización.

Cuando se contrata á nombre de otro sin tener su representación, como si se obligó á hacer aceptar el acto por aquel cuya representación se ha atribuido, pagará los daños y perjuicios si el contrato no se ratificara. Si contrato á nombre propio en beneficio de un tercero, el contrato será válido si tiene interés, como, p. e., si convenimos que la suma debida se entregue á Alberto; el tercero que no ha intervenido en el contrato no ha adquirido derechos, ni puede demandar; pero el promitente está obligado á cumplirlo bajo pena de daño y perjuicios. porque es un modo de pago. Cuando la prestación debida al tercero es





Si el que ofreció el hecho del tercero sin autorización algu-

una condición, cuyo no cumplimiento impone una pena, ó cuando alguno estipula para su heredero presuntivo, ó constituye una dote, etc., estos casos y otros semejantes son regidos directamente por la disposición del artículo.

El contrato celebrado á nombre de otro sin su representación es de ningún valor, y no obliga al que lo hizo, porque el mandatario no ha ofrecido un hecho suyo, ni ha tenido voluntad de obligarse personalmente; pero como hay mala fe de su parte responderá del daño causado en los términos del art. 1109.—Comp. GOYENA, art. 980. FREITAS, art. 1874. Cód. FRANCÉS, art. 1120. DEMOLOMBE, XXIV, n° 232 y sig. SAVIGNY, *Der. de Obl.*, § 59. LAROMBIÈRE, I, al art. 1120.

No se debe confundir la ratificación con la confirmación, como se nota algunas veces en el Código, p. e., en el art. 3118. Se confirma un acto nulo ó anulable volviéndolo á repetir, sin el defecto que lo anulaba, pero se ratifica lo hecho por otro en nuestro nombre sin poder, ni autorización, con sólo aceptar lo hecho; por era razón la ratificación debe ser expresa, y sólo se admite la tácita cuando se ejecuta el contrato, aunque el mandato se puede ratificar por el solo silencio, cuando el mandante ha sido avisado y no ha contestado, art. 1935.

La ratificación expresa puede hacerse en cualquier forma, basta hacer constar la aceptación, sin perjuicio de que para mayor seguridad pueda reducirse á escritura pública. La ratificación por medio de la ejecución del contrato á que se refiere el artículo, es una ratificación tácita, y pienso que sin peligro se pueden admitir todos aquellos actos en que conste de una manera inequívoca la voluntad de ratificar el acto. No es necesario la ejecución total, bastará comenzar lo para que se tenga por ratificado.— Véase art. 1435.

Antes de ratificarse el contrato, las partes que lo celebraron pueden dejarlo sin efecto, y el tercero no puede oponerse; pero una vez aceptado no podrá disolverse sin su intervención, pues se reputa como si personalmente lo hubiera celebrado. La ratificación retrotrae el acto en el momento de su celebración, y se reputa mandatario al que lo realizó: *ratihabitio mandato comparatur*, decía una ley romana. Cuando la ratificación se declara nula, no habría contrato, sin responsabilidad alguna para el que lo hizo.— Véase mi *Tratado de Contratos*, n° 245.—Comp. arts. 504, 1717, 1931 y 2305.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1161.—La cláusula que impone la ratificación del mandante, importa el reconocimiento expreso



na, promete al mismo tiempo que éste lo ejecutará, estará obligado á pagar los daños y perjuicios, si el tercero se niega á cumplir lo ofrecido; por eso dice la ley: *el que se obligue por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas é intereses si el tercero se negase á cumplir el contrato (art. 1163).*

(Art. 1163.) El artículo tomado del 1119 del Cód. Francés no ha salvado la dificultad que notan los comentadores, opinando unos, como Marcadé y Demolombe, que ofrecer el hecho de un tercero equivale á garantirlo, mientras Duranton y Laurent con mayor razón opinan lo contrario. Ofrecer el hecho de un tercero, no es garantirlo, y si no se garantió, no habrá contrato sin la ratificación. El que se obliga por un tercero á nombre propio, garante el acto, aunque no lo diga expresamente, á menos que de las palabras mismas no resulte lo contrario; así, cuando prometo que A. hará ó dará tal cosa, tomo sobre mí esa obligación y debo pagar los daños y perjuicios si no se cumpliera, á menos de haber expresado que no garanto ni respondo del hecho ofrecido; si por el contrario hiciera el contrato en nombre de A., quedo comprendido en el art. 1161. Debemos, pues, entender la frase: «del que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste», aplicándola á los casos de garantía y no á los de representación atribuida indebidamente. Freitas, art. 1887, dice: «quien prometiére entregar cosas ajenas ó que no tiene, ó la ejecución ó abstención de hechos de terceros, sólo está obligado á emplear los medios necesarios para que la prestación se realice»; y agrega en el art. 1888: «si el promitente no hiciera las diligencias, ó no se consiguiera por su culpa, ó hubiere garantido el éxito de la promesa, el contrato se resolverá en indemnización de pérdidas é intereses. El Código Argentino repite esta disposición en el art. 1177; por consiguiente no es el caso del presente artículo, sino del 1876 de Freitas: «cuando alguno contratase en *su propio nombre* una obligación que deba cumplirse por un tercero», aunque separándose en sus consecuencias. La obligación contraída á nombre propio ofreciendo el hecho de un tercero, implica la garantía de esa obligación; por el con-

por el tercero, de la carencia de facultad del mandatario para dar por terminado el contrato.—Jur. Civ., II, 350, Sér. 3°.

La inacción del esposo, no importa la ratificación tácita de los actos de la mujer: debe justificarse que tenía conocimiento del acto y que lo admitía como válido.—Jur. Civ., VIII, 150, Sér. 2°.

El silencio del mandante, hace presumible la aprobación de los actos del mandatario.—Jur. Civ., II, 351, Sér. 1°.



Cuando el contratante se ha obligado á hacer ratificar el contrato por el tercero en cuyo nombre contrató, no es una obligación accesoria la que toma sobre sí, sino una tan principal, como si lo hubiere hecho personalmente, con la particularidad de que queda cumplida, cuando el tercero la ha ejecutado ó ratificado.

La ratificación hecha por el tercero á cuyo nombre, ó en cuyo interés se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa, y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato. Las relaciones de derecho del que contrató por él serán las del gestor de negocios (art. 1162).

trario, si es á nombre del tercero no se presume la garantía, á menos de haberla ofrecido expresamente. En muchos casos la cuestión se resolverá por las expresiones empleadas al realizar el acto, tratando de buscar la intención de los contratantes. Cuando el tercero ha hecho suya la obligación ó el hecho ofrecido á nombre propio por uno de los contratantes, el que lo ofreció debería quedar desligado de toda responsabilidad, sea que el hecho no se ejecutase ó la ratificación fuera anulada; pero no es así, pues si el hecho ofrecido no se realiza él debe responder de la no ejecución, á menos que el otro contratante no hubiera estipulado con el tercero el esperarlo ó de cambiar el hecho ofrecido ó de cualquiera manera hubiera establecido una relación directa con él; no sucederá así, cuando sólo contrató á nombre del tercero y éste ratificó lo hecho, pues sería entonces verdadero mandatario. Cuando el tercero se negara á cumplir el hecho ofrecido, el proponente puede cumplirlo por sí mismo, si no fuere de aquellos en que se hubieren elegido las condiciones personales del tercero, entonces se resolverá en daños y perjuicios.

(**Art. 1162.**) Si la ratificación importa ó tiene el efecto de la autorización previa, quiere decir, que la relación de derecho debiera ser la que existe entre mandante y mandatario y no la del gestor de negocios, como se dice en la segunda parte. La ratificación hace desaparecer á la persona que ejecutó el acto á nombre del tercero, y pone á

Notas del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 1161, 1162 y 1163.—LL. 7 y 11, Tit. 11, Part. 5^a. Regla 10, Tit. 34, Part. 7^a.—Inst. § 21, Lib. 3, Tit. 19.—LL. 81 y 83, Lib. 45, Tit. 10, Dig.—Sobre esta materia, véase Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, II, § 59—Zachariæ, § 617—Cód. Francés, arts. 1120 y 1165—Pothier *Obligaciones*, n^o 56—Maynz, § 289.

Si el principio general enseña que nadie puede estipular á nombre de otro sin tener su representación, no obstante es nece-

éste en relación directa con el otro contratante, como si hubiera sido mandatario. ¿Por qué se consideraría como gestor de negocios en sus relaciones con el mandante? El Código ha agregado inconsultamente la última parte, desnaturalizando el carácter de mandante, adquirido por la ratificación. El gestor de negocios está obligado personalmente para con los terceros contratantes, que no adquieren derechos contra el dueño sino después de la ratificación. Hay un error de doctrina en esta disposición final, porque las relaciones de derecho deben ser las que existen entre mandante y mandatario.

El artículo comprende dos casos: 1º, cuando se contrata á nombre de un tercero sin su autorización; 2º, cuando se contrata en el interés de un tercero. Freitas legisla los casos siguientes: 1º, cuando el contrato se hiciere á nombre de un tercero sin su autorización; 2º, cuando á nombre propio se contratase en favor de un tercero; 3º, cuando en su propio nombre se obligase por un tercero. El primero y segundo están comprendidos en el artículo que estudiamos, no así el tercero. Cuando á nombre propio se contrata en favor de un tercero se debe distinguir: si la estipulación es una condición ó modo de cumplir otro contrato, ó si se ha impuesto una pena, la estipulación es válida sin necesidad de ratificación, porque es una obligación nacida del contrato; si, por el contrario, la estipulación fuera únicamente en favor del tercero, sería nula sin la ratificación de éste, porque no existe vínculo ni interés entre los contratantes.

Cuando se estipula en beneficio de un tercero puede ocurrir el fallecimiento del estipulante antes de haberse aceptado, y se pregunta si los herederos de aquél pueden revocarla; Marcadé al art. 1121, la resuelve en sentido negativo diciendo: «Que si la muerte del estipulante ó del tercero ocurriese antes de la aceptación, la reunión de las dos voluntades no sería posible y el tercero ó sus herederos no podrían aprovechar del ofrecimiento»; asentimos á esta opinión, si es una donación directa hecha al tercero, no así cuando es el resultado de un contrato en que venga á ser impuesta como una carga, un modo, ó una condición del contrato; entonces pasa á los herederos de los estipulantes y pueden revocarla antes de su aceptación. Véase mi *Tratado de Contratos*, n° 253.

El tercer caso, el Código lo resuelve con acierto, pues, quien se obliga por un tercero y ofrece el hecho de éste, debe ser responsable





sario distinguir los casos en que se estipula en su propio nombre en beneficio de un tercero que no interviene en el acto; en esos casos, si el contrante ha aceptado la estipulación y tiene un interés apreciable en dinero, ó si la estipulación es puesta como una condición ó carga en un contrato á título oneroso, tiene derecho para exigir su cumplimiento, ó los daños y perjuicios recibidos.

§ 332.—DEL DERECHO DE ALEGAR LAS NULIDADES

En los actos jurídicos dijimos, que los actos nulos daban acción á ambos contratantes para demandar la nulidad, sobre todo en los ejecutados contra la prohibición de la ley; como, por ejemplo, en la venta de la herencia futura, que será declarada nula á solicitud de cualquiera de las partes. Por el contrario, cuando el consentimiento está viciado por la violencia, el dolo ó el error. ó por la incapacidad de uno de los contratantes, la ley dice: *el derecho de alegar la nulidad de los contratos, hechos por personas incapaces, sólo corresponde al incapaz, sus representantes ó sucesores, á los terceros interesados, y al Ministerio de Menores, cuando la incapacidad fuera absoluta, y no á la parte que tenía capacidad para contratar (art. 1164)*, y el acto se considerará válido, hasta que no haya sido reclamado por el incapaz.

de los daños y perjuicios causados si no se realiza el hecho ofrecido.— Véase FREITAS, arts. 1874 á 1876 y mi obra citada n° 251, y Comp. nuestros arts. 1936, 1937, 2304.

(**Art. 1164.**) La incapacidad de obrar ó de hecho es absoluta ó relativa, y el artículo comprende á ambas, pero no las de derecho que siendo de orden público, nacen de la prohibición de la ley, y no está en la mano de las partes el validarlas, mientras exista la prohibición. ¿Esto importa un privilegio en favor de los incapaces? No lo creo; se

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1162.—Si bien es cierto, que por principio general, los contratos no pueden oponerse á terceros, ni invocarse por ellos, también lo es que cuando se ha anotado en el interés de estos terceros, y éstos lo ratifican, esta ratificación tiene el mismo efecto que la autorización previa, y les da derecho para exigir el cumplimiento del contrato.—XXXI, 322, 340 y 382.

Cuando el contrato se declarase nulo por alguno de los vicios del consentimiento, las cosas volverán al estado que antes

dice que la persona capaz ha contratado válidamente realizando un acto serio y deliberado; para él la validez del contrato es una consecuencia legítima del acto ejecutado; pero no se tiene en cuenta que cuando no hay voluntad no puede existir el contrato. Es un privilegio contrario á los principios, cuando la incapacidad es absoluta. El tutor ó representante del incapaz puede confirmar el acto aceptándolo en todas sus consecuencias; si le es perjudicial, pedirá su nulidad. Si el derecho de atacar el contrato sólo corresponde al incapaz, no por eso la persona capaz está destituida de toda acción, y puede pedir por la *conditio sine causa*, la cosa ó el precio entregado al incapaz: esto no es atacar el contrato. sino, por el contrario, se busca darle todos los caracteres de estabilidad de un acto serio y deliberado. Esa es la inteligencia de este artículo.

En cuanto á la devolución, el incapaz debe sólo aquello que existiere ó lo que hubiere aprovechado enriqueciéndose.—Véase nota al art. 2306.

Cuando la incapacidad fuera absoluta, ¿podrá el Ministerio de menores demandarla contra la voluntad del padre, tutor ó representante? Es muy dudoso, porque primero deberá debatirse la cuestión de si es ó no conveniente á los intereses del incapaz, y sólo después de una decisión judicial debería intentarse, aunque ambas cosas podrían hacerse simultáneamente.

Cuando la nulidad proviene de la prohibición de la ley, como la del tutor que compra los bienes del menor, el albacea los bienes raíces de la testamentaria en que interviene, etc., no se puede sostener la validez del acto, á menos de haber sido confirmado después de haber desaparecido las causas que lo anulaban. Cuando ha cesado la incapacidad, como si el tutor ó albacea dejaron de serlo, pueden demandar la confirmación, dándole su verdadero valor. No sería justo condenar al adquirente á estar expuesto perpetuamente á la nulidad, sin darle medio alguno para confirmar el acto ó hacerlo declarar nulo.

La incapacidad proveniente de la ley, no es en el sentido estricto una incapacidad, sino una limitación á la facultad de obrar de la persona capaz, y cuando la ha violado realizando un acto, nadie puede validarlo mientras se encuentre en las condiciones de la prohibición. El art. 1362 dice: «la nulidad de las compras y ventas prohibidas no pueden ser alegadas por las personas á quienes comprenda la prohibición»;





tenían, restituyéndose recíprocamente lo recibido y compensándose los frutos con los intereses, salvo el derecho del que sufrió la violencia ó fué víctima del dolo, para demandar los perjuicios é intereses que hubiere recibido. Pero cuando se trata de actos celebrados por el incapaz de obrar, como el impúber, demente, etc., *declarada la nulidad del contrato, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo*

pero no prohíbe demandar su confirmación cuando hayan desaparecido las causas, ó pedir se les devuelva la cosa entregada por la *conditio sine causa*. Por esa razón el art. 1125, Cód. Francés, ha concedido el derecho de alegar la nulidad sólo á los menores, interdictos y mujeres casadas, sin comprender á los demás en que cualquiera de las partes puede pedirla.

El artículo no comprende los actos realizados contra la prohibición de la ley, que pueden ser reclamados por cualquiera de los contratantes, y se refiere sólo á la incapacidad de hecho.

Se dijo que la parte capaz no puede alegar la nulidad del contrato, confundiendo la capacidad de hecho del agente, que puede ser absoluta ó relativa, con el acto mismo. Pero no hay nulidad absoluta ni relativa, sino actos nulos ó anulables y ambos pueden confirmarse, desapareciendo la causa que los anulaba. El presente artículo no habla de nulidades, sino de incapacidades, ideas completamente diferentes. Cuando el acto es nulo tanto el capaz como el incapaz pueden hacerlo declarar, como, p. e., si la escritura no tuviera la firma de los testigos.

Por tercero interesado debe entenderse todo aquel que sin haber intervenido en el asunto tiene un legítimo interés en la declaración de nulidad, como, p. e., los acreedores del incapaz en los casos autorizados por la ley, en que pueden ejercer los derechos del deudor, arts. 962 á 964.

Cuando ambos contratantes fueran incapaces, siendo el derecho conferido por la ley al incapaz, no se relaciona con la persona del otro contratante, y por consiguiente, uno ú otro podrían demandar la nulidad.

Si el contratante capaz no ha ejecutado por su parte el contrato, puede negarse á hacerlo cuando llegare á su conocimiento la incapacidad del otro contratante, hasta que no se hubieren subsanado los defectos de esa incapacidad; en ese caso no pedirán la nulidad del contrato, pues no tienen derecho para ello, sino sólo su regularización.— Comp. arts. 1047, 1048, 1362, 2193, 2257 y 3122.

que hubiere dado, ó el reembolso de lo que hubiere pagado, ó gastado, salvo si probase que existe lo que dió, ó que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz (art. 1165).

(Art. 1165.) La regla general de derecho es: rescindido ó anulado un acto, las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la anulación, pero esta regla tiene su excepción: la persona capaz deberá devolver lo que recibió, con sus frutos si el acto era manifiestamente nulo, por la incapacidad del agente, como si el individuo era menor impúber ó mayor declarado demente, mientras el incapaz sólo devolverá aquello en que la cosa se hubiere convertido en su provecho, ó las cosas que existieren de las entregadas; si nada aprovechó, el capaz perderá lo entregado. Si á consecuencia de la ejecución del contrato, se hubiese entregado algo al tutor ó representante del incapaz, el tutor será responsable de lo recibido; de la misma manera, si parte del precio se entregó durante la incapacidad y lo restante después que hubiere dejado de serlo; anulando el contrato, devolverá lo recibido durante su capacidad, y sólo aquello que se hubiere convertido en su provecho, lo recibido durante la incapacidad; corresponde la prueba á la parte que alega el provecho.

Para determinar cuándo el incapaz recibió beneficio, será necesario estudiar cada caso según las circunstancias; así, será útil, cuando con el precio recibido ha pagado una deuda legítima, ó empleándolo en compras de cosas de absoluta necesidad, ó en reparaciones de sus inmuebles, ó en su educación ó instrucción. Si hubiere comprado objetos de mero adorno ó de lujo, tendrá obligación de entregarlos. ¿Con relación á qué tiempo debe juzgarse del provecho obtenido? Por la legislación romana debía atenderse al tiempo de la demanda, cuyo principio aceptamos en nuestra obra de Contratos, n° 288, con las modificaciones hechas por los jurisconsultos franceses; así, cuando la cosa no existe en el momento de la demanda y prestó verdadera utilidad al menor, desde que le era indispensable adquirirla, debe pagarla por lo que valía en su tiempo; si la cosa no le era necesaria, se juzgará que le aprovechó mientras exista en el momento de la demanda. Las reparaciones necesarias hechas en una casa que se vendió, se deben abonar por lo que se gastó en hacerlas; si las reparaciones eran de mero lujo, pero aumentaron de valor la cosa, y no existen en el momento de la demanda, no deben abonarse; como, p. e., las pinturas al fresco que se han deteriorado ó perdido.—Comp. DELVINCOURT, II, n° 6, pág. 163. TOULLIER, VII, n° 14. DURANTON, XII, n° 45.





El derecho acordado al incapaz para demandar la nulidad del contrato, cesa desde el momento en que por medio de engaños hubiera inducido á la otra parte á contratar. El dolo en estos casos sujeta al que lo cometió á todas las consecuencias que nacen de él, siendo una de las primeras el que no se pueda aprovechar, porque sería una inmoralidad.

Es un caso de excepción á este principio, *cuando el incapaz hubiere procedido con dolo para inducir á la otra parte á contratar, ni él, ni sus representantes ó sucesores, tendrán derecho para anular el contrato á no ser que el incapaz fuere menor* (impú-

Cuando la cosa entregada al incapaz existe, compete la acción reivindicatoria, y la persona capaz deberá recibirla en el estado en que se encuentre, á menos de demostrarse que el incapaz ha cometido un acto ilícito, como si la mujer casada destruyese la cosa para hacer daño al otro contratante. La cosa debe devolverse con los frutos que el incapaz hubiere recibido, si los hubiere aprovechado. El incapaz no debe enriquecerse á costa del otro. Cuando la persona capaz conocía la incapacidad del otro contratante debe devolver la cosa como poseedor de mala fe; pero si por el contrario hubiera sido víctima del dolo ó engaño del incapaz, sería considerado como poseedor de buena fe, y puede retener los frutos compensándolos con lo que las cosas entregadas al incapaz hubieren producido. Cuando ambos contratantes fueren incapaces, la restitución deberá hacerse, si las cosas existieren ó hubieren tenido provecho. El que ha sido más juicioso y ha empleado útilmente ó conservado la cosa recibida, deberá devolverla y no recibirá en cambio cosa alguna si el otro la ha destruido; por eso la ley romana decía: *melior est causa ejus qui accepit, dilapidavit vel perdidit*, y la razón es que tratándose de la restitución que un incapaz debe hacer, no se tiene en cuenta la persona con quien ha contratado. En cuanto á la restitución de la cosa perdida ó destruida que debe hacer la persona capaz, se decidirá primero si se le debe considerar como poseedor de mala ó buena fe; en el primer caso deberá devolverla, aunque hubiere desaparecido por caso fortuito, á menos de demostrar que habría perecido estando igualmente en poder del incapaz; en el segundo no estará obligado, si se hubiere destruido sin su culpa. Si la cosa mueble hubiere pasado á un tercer poseedor de buena fe, éste la habría adquirido legítimamente, no así cuando la cosa fuera raíz, en que el incapaz tendría derecho para reivindicarla.—Comp. FREITAS, art. 1878. Cód. FRANCÉS, art. 1312.



ber), ó el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad (art. 1166), porque en el primer caso no hay voluntad, y en

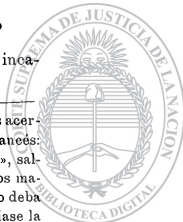
(Art. 1166.) La incapacidad de obrar protegida por la ley no autoriza el dolo ó el engaño del incapaz; y cuando él engaña, la persona capaz puede pedir la nulidad del contrato, demostrando el engaño. ¿Qué diremos en los casos de violencia, fuerza ó intimidación ejercida por un joven de 21 años sobre una mujer mayor de edad? Si la intimidación vicia como el dolo el consentimiento, no vemos la razón por qué no se autorizaría á la persona que lo ha sufrido para anular el acto, como lo enseñamos en el n° 275, *Tratado de Contratos*. El incapaz no puede anular el contrato, sino cuando «fuere menor», dice el artículo, y como lo sostuvimos en los nos 276 y 277, obr. cit., esas palabras se refieren á los menores *impúberes*, cuya palabra ha sido suprimida por error, y fundamos esta opinión, no sólo en que el artículo ha sido tomado al pie de la letra del 1879 de Freitas, sino en que sólo así se armoniza con las demás disposiciones del mismo Código. La razón que ha podido inducir al legislador para exceptuar el dolo en los menores sin hacerlos responsables, en su falta de discernimiento, porque no tienen responsabilidad por los actos ilícitos, cuando tienen menos de 10 años art. 921. Habría injusticia é inmoralidad en autorizar el dolo cometido por un mayor de 21 años y menor de 22, libertándolo de sus consecuencias. El Dr. Llerena se decide por la opinión contraria, fundándose en que la ley no distingue al decir «menor», y que no estamos autorizados para hacerlo, lo que sería una razón de peso, si se tratase de una disposición aislada, sin correlación con las demás, pero debemos considerarla en su conjunto, formando el Código una grande y vasta unidad, donde todas sus disposiciones se apoyan y responden á un mismo ideal. Así, encontramos estas disposiciones: el «dolo» no podrá ser dispensado en los contratos, art. 507 y 2099, este principio se levanta como una ley de orden público contra los particulares; como correlativo de él viene el art. 935, declarando: el dolo afecta la validez del acto, aunque sea la obra de una tercera persona, y la del art. 2259, que es decisiva, en favor de la tesis que sostengo. Y después de esto, ¿cómo se podría legitimar el dolo cometido por el menor consciente? Para salvar principios fundamentales comprometidos, el jurista y el magistrado deben distinguir.

Otra de las excepciones es cuando el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad; esta parte la explicamos en el n° 281 de nuestra obra de Contratos y comprendíamos á todos los incapaces que cometieren dolo ocultando la incapacidad.

el segundo el otro contratante ha podido asegurarse de la incapacidad.

Entrando en el terreno de la crítica jurídica, no consideramos acertada la disposición, y preferiríamos la del art. 1307 del Cód. Francés: «la simple declaración de mayor edad no impide la restitución», salvando el dolo en algunos casos y dejando á la prudencia de los magistrados cierta latitud para rechazar la acción cuando el dolo no deba dispensarse. El artículo estaría esento de crítica si se cambiase la partícula disyuntiva ó por la copulativa y diciéndose: «á no ser que el incapaz fuese menor y el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad».—Comp. arts. 507, 935, 1362, 2099 y 2259.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1166.—El marido, como representante legal de la esposa, carece de personería para pedir la nulidad de actos en que aquélla haya intervenido invocando un carácter falso, pues el derecho favorece á los incapaces cuando son engañados, pero no si procediendo ellos mismos con malicia se convierten en engañadores.—Jur. Civ., IX, 213. Sér. 3°.



CAPÍTULO III

DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS

§ 333.—COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LOS CONTRATOS

No se concibe un contrato sin un objeto que le sirva de móvil; y ese objeto puede relacionarse con cualquier especie de prestación, sea que consista en una obligación de hacer, sea que consista en una obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente ó de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso, ó de la posesión de la cosa (**art. 1168**), igualmente, la prestación, objeto del contrato, pue-

(**Art. 1168.**) La prestación comprende los objetos materiales é inmateriales, y es más comprensiva que la palabra cosa de que se sirve el Cód. Francés, art. 1126. El objeto del contrato es la obligación ú obligaciones que produce, y en este sentido se confunde con la obligación misma. Cuando la prestación es de hacer, si se ofrece el hecho propio, debe ejecutarse personalmente, á menos de permitir el acreedor que sea ejecutado por otro, y puede hacerlo ejecutar, cuando no se han buscado condiciones especiales. Si se ofrece el hecho de un tercero, y éste no lo ejecuta, el contrato se resuelve en daños y perjuicios, á menos que sea indiferente la ejecución por otro. Si el contrato tuviese por objeto obligaciones de dar, que hemos dicho están comprendidas en las de hacer, porque entregar la posesión ó la propiedad de una cosa es un hecho, en esos casos se rige por lo dispuesto en las obligaciones; si es de no hacer, la inexecución existirá desde que fué ejecutado, y puede pedir se destruya lo hecho, más los daños y perjuicios ocasionados, ó cuando no pudiera destruirse, demandará los daños y perjuicios. Si la obligación de hacer consistiera en un acto que depende de una profesión literaria, científica ó artística, como si un médico se obligara á curar á un enfermo, ó un escritor á publicar tal libro, no pueden ser compelidos y ejecutarla, ni deben los perjuicios por tales contratos; pero sí, por las consecuencias que hubieren producido. Los daños y perjuicios no nacen entonces del contrato sino de un hecho que ha causado daño á otro, y es regido por el art. 1109. ¿Por qué semejante excepción? Por la imposibilidad de de-



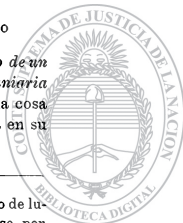
de consistir en la entrega de una cosa, ó en el cumplimiento de un hecho positivo ó negativo susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1169); puede ser también objeto del contrato una cosa presente ó futura, y en este último caso, aunque no exista en su totalidad, si el contrato fuera aleatorio.

terminar los perjuicios, y porque suponemos que no hay un objeto de lucro; si lo hubiera, se debería los perjuicios causados, rigiéndose por los arts. 626 á 629. Las cosas futuras pueden ser objeto de contrato mientras no estén prohibidas.—Comp. mi obra de *Contratos*, n° 302, sig. y nuestros arts. 634, 1172 á 1175. AUBRY y RAU, § 344.

(Art. 1169.) Este artículo debía ir unido al anterior, del cual forma parte. El hecho negativo se diferencia del positivo en que en éste es necesario de interpelación judicial ó extrajudicial para incurrir en mora, salvo los casos del art. 509, mientras en aquél se deben los daños y perjuicios, desde el momento de la ejecución. El hecho ó abstención ofrecida debe ser susceptible de apreciación pecuniaria, pues lo que constituye el derecho del acreedor es el interés que reporta en su cumplimiento ó abstención; si éste falta, no hay contrato en realidad.

Aubry y Rau, § 344, texto al final y que el Dr. Velez Sarsfield traduce al pie del artículo, sostiene la teoría (fundado en la ley 54, tit. 1, lib. 17, Dig.) que el simple interés de afección, cuando no hay interés pecuniario, no basta para dar acción, en lo que está conforme con los principios, pero no así en la excepción que hace, al agregar: «basta que la estipulación sea determinada por un interés de afección y al mismo tiempo tenga por objeto el cumplimiento de un deber moral», como si esto alterara la naturaleza del contrato y lo hiciera apreciable pecuniariamente. La ley citada trae el caso de un esclavo que ha sido vendido con el mandato de que se le dé la libertad; si el comprador no lo liberta, dice Papiniano, el señor tendrá derecho de hacerse pagar el precio del esclavo, y además la acción de mandato para obligarlo á que le dé libertad. «Esta segunda acción, dice, le es acordada en razón de los sentimientos de amistad que puede tener por

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1168.—L. 20 y sig., Tit. 11, Part. 5ª.—L. 34, Tit. 1, Lib. 18, Dig.—Cód. Francés, arts. 1126 á 1130.—Italiano, 1116 y 1118.—De Nápoles, 1082.—Holandés, 1368.—Sobre los actos dependientes de una profesión literaria ó artística, véase Aubry y Rau, § 344. Zachariæ, § 616.





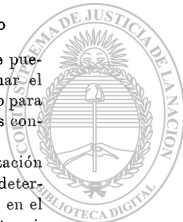
En cuanto á las cosas que no pueden ser objeto de contrato, fuera de las enumeradas en este capítulo y de las determinadas en cada contrato especial, se debe aplicar como regla general *lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeran, que rige respecto de los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos (art. 1167)*, porque en general son prohibidos por contrarios al orden público ó á las buenas costumbres.

su esclavo.» Si he vendido un objeto de arte para que lo coloquen en el sepulcro de mi benefactor, aunque no tengo un interés pecuniario, puedo exigir que se cumpla lo prometido. ¿Pero cuál sería el interés pecuniario en este caso? ¿Qué indemnización se puede acordar? Creo más acertado no conceder acción por el daño, pues no hay medio de apreciar el perjuicio.

(Art. 1167.) Los actos jurídicos con relación á los contratos son la especie y éstos el género, estando sometidos á una legislación especial. Estas referencias son útiles y deben existir en un Código bien ordenado, para dar mayor claridad á sus disposiciones. Véase la nota del art. 954.

Este artículo ha sido formado del 1880 y 1892 de Freitas; no se ha traducido bien el original, que dice: «el objeto de los contratos es el de las obligaciones que en ellos se contrajeran», dando á entender así que sólo producen obligaciones y ese es su objeto, en lo que hay exactitud; mientras el artículo dice: «lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeran, rigen respecto de los contratos, etc.», sometiendo en cuanto al objeto, á lo dicho en los actos jurídicos, y comprendiendo una idea distinta de la de Freitas. El Código, separándose de su modelo, ha expresado una idea diferente. En cuanto á las *prestaciones*, como palabra genérica abraza todo acto ó abstención susceptible de producir una utilidad ó provecho.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1169.—Aubry y Rau, § 344. La Ley Romana dice: *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia tui prestare possunt*. L. 9, § 2, Tit. 7, Lib. 40, Dig. Si la prestación objeto del contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaría éste autorizado á pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afección no sería suficiente para darle una acción, á menos que la estipulación determinada por tal móvil, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral.



Los actos dependientes de una profesión liberal no se pueden considerar en sí mismos como susceptibles de formar el objeto de un contrato; así el contrato hecho por un médico para curar un enfermo no sería obligatorio para ninguno de los contratantes.

Cuando al contrato le falte el objeto, ó cuando la prestación sea físicamente imposible, ó cuando fueran sobre cosas indeterminadas, se considerará como si no existiera; así se dice en el (art. 1170): *las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto á su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse, y ésta se reputa determinable, cuando su determinación se deja al arbitrio de tercero; pero*

(Art. 1170.) No basta que la especie sea determinada si no está completa por la cantidad que limita y fija la obligación haciendo cesar la incertidumbre. Vender ó comprar caballos ó vacas no puede considerarse como un contrato, es necesario fijar la cantidad, ó dar medios para determinarla, como, p. e., los caballos que tengo en tal establecimiento. En las cosas fungibles bastará la especie, si el número fuera determinable; en las consumibles, la especie, si la cantidad se puede determinar. Cuando la cantidad ó número de las cosas sean inciertas, el contrato será válido si hubiere medios de precisarlas. La cosa ofrecida necesitará individualizarse; así, cuando me obligo á vender una cosa, ó hacer una pared ó un estanque, el contrato sólo valdrá si hubiere medios de individualizarlo, mientras si he vendido un caballo, el contrato está perfecto con la determinación de la especie y cantidad.

Se ha preguntado si el art. 1500, es una excepción á estos principios, cuando permite arrendar cosas indeterminadas. Me decido por la negativa, pues no hay posibilidad de contrato alguno, cuando la cosa no puede determinarse. Cuando el Código permite la locación de cosas indeterminadas, es en la suposición de que la indeterminación puede cesar según los medios establecidos en el contrato mismo. ¿Cómo podría locarse de otra manera una cosa que no pudiera determinarse? Así, decía en mi obra de Contratos, n° 319: en la locación ú otros contratos, las cosas indeterminadas pueden ser su objeto: podéis alquilar un carruaje, un caballo, y el contrato sería válido. En estos casos la calidad de la cosa se sobreentiende y deben ser las que ordinariamente sirven á este objeto». El Código usa la palabra *cosa*, unas veces en un sentido extenso comprendiendo todo lo que existe, otras

si el tercero no quisiere, no pudiere ó no llegare á determinarla, el Juez podrá hacerlo por sí, ó por medio de peritos si fuese necesario, á fin de que se cumpla la convención (art. 1171); porque

abrazando sólo los objetos corporales, art. 2311; aquí debemos tomarla como sinónimo de prestación.—Véase art. 1333 y su nota, GOYENA, art. 996. FREITAS, art. 1881.

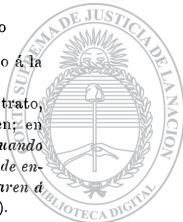
(Art. 1171.) La determinación de la especie es de absoluta necesidad para la existencia del contrato, pues no puede existir una obligación de género; así el contrato para entregar dos animales sería nulo; también lo anularía la falta de expresión de la cantidad, si no hubiere los elementos para determinarla. No hay necesidad de determinar la cantidad, cuando lo estuviere de antemano por la ley, como en el caso de contratar los alimentos. Si la determinación de la cantidad se dejó al arbitrio de un tercero, Domat sostiene que hay un contrato condicional que deja de existir, si la determinación no se hace, mientras el Código, siguiendo la mejor doctrina, considera al tercero como llenando las condiciones necesarias de inteligencia, honradez y probidad, no como árbitro para dejar sin efecto un contrato que las partes han tenido la voluntad de concluir con la determinación de la cantidad; así, en cualquier caso el juez puede reemplazarlo. Cuando las partes dejaron la determinación á un tercero sin designar la persona, se entiende que debe quedar *ad boni viri arbitrium*.

El contrato será condicional cuando expresamente se hubiera pactado que quedaría sin efecto, si el tercero no hiciera la determinación. En los contratos se debe interpretar la voluntad de las partes, y si ambas han convenido en hacer la determinación por una persona elegida que reúna condiciones especiales, se debe atender á esa voluntad. Cuando por las condiciones especiales la determinación de la cantidad no pudiera hacerse por el juez, éste nombrará peritos. Si la obligación es alternativa y una de las ofrecidas no puede determinarse, se convierte en pura si la otra pudiera serlo. Cuando se hubiere agregado á la palabra cantidad determinada la de *más ó menos*, como sucede ge-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1170.—L. 1, Tít. 11, Part. 5.ª.—LL. 74, 75 y 115, Tít. 1, Lib. 4.ª, Dig.—Zachariæ, § 616.—Pothier, n.º 131 y 283 á 287.—Cód. Francés, art. 1129.—Italiano, 1117.—De Nápoles, 1083.—Holandés, 1369.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1170.—La indeterminación de la cosa en cuanto á la cantidad, siendo cierta en cuanto á la especie, no invalida los contratos, si aquélla es determinable y puede ser determinada.—XXX, 69.





es un acto serio y concluido cuya validez no se ha dejado á la voluntad del que debe determinar la cantidad.

Así como las cosas presentes pueden ser objeto de contrato, pueden serlo también las futuras que todavía no existen; en cuyo caso se puede establecer como regla general que, *cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de entregarlos* (entregarlas) *está subordinada al hecho de si llegaren á existir, salvo si los contratos fueran aleatorios* (art. 1173).

neralmente en ciertos contratos, esas palabras no lo alterarán y servirán para dar un carácter aproximativo á la cosa vendida, haciéndola susceptible de aumento ó disminución; como si un terreno cuya área fija no se conoce, se vendiera expresando el área con las palabras de mas ó menos, cualquiera que resultare, el contrato no se rescindiría; pero si fueran cosas futuras, como tal cantidad más ó menos del producto de la cosecha de este año, entonces la cantidad fijada debe servir de base para la entrega; si la cosecha produjo más ó menos sólo estará obligado á entregar lo producido.

Si el tercero elegido para determinar la cantidad lo hiciere, el contrato queda concluido; pero debe ser en los límites de lo razonable y equitativo, interpretando la voluntad de las partes; si lo hiciere de un modo exagerado, el juez debe limitarlo á lo justo ó probable. Parece que no hay armonía entre estos dos principios y el art. 1350, porque si bien es cierto que allí se refiere al precio indeterminado de las cosas vendidas, también lo es que se trata de determinar uno de los elementos esenciales del contrato; el precio y la cosa debían obedecer á los mismos principios; si aquél se dejó á la determinación de un tercero y no lo hiciere, el juez debiera verificarlo, como si se trata de la cosa. ¿Por qué el juez debe determinar la cosa y no el precio en el mismo caso? Sería preferible armonizar estos principios; tan esencial es la determinación de la cosa como la del precio. Freitas, art. 1882, no incurre en este defecto, pues declara nulo el contrato, cuando el tercero no quiere determinar la cantidad, armonizado así con el art. 2003, en que declara nula la venta si el precio debiera determinarlo un tercero y lo hiciera.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1692, y mi *Tratado de contratos*, n° 315 y sig.—Véase art. 1333 y su nota.

(Art. 1173.) Las cosas futuras deben tener la posibilidad de existir en el porvenir, porque si es cierto que no existirán dejan de

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1171.—En contra, Domat, *Obligat.*, Sec. 3°, § 11, y L. 9, Tít. 5, Part. 5°.



Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda ó en anticresis, hipotecadas ó embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare á terceros (art. 1174); pero lo serán en el estado en que se encuentren,

ser futuras y no son objeto de contrato. Cuando se han ofrecido cosas futuras es necesario que existan en cualquier cantidad, porque de otro modo no habría contrato por falta de objeto; si existen sólo en parte, el precio deberá determinarse proporcionalmente, cuando fuere posible, como si se determina la cantidad vendida; p. e., si he vendido 200 fanegas de mi cosecha y no recojo sino cien, recibiré la mitad del precio ofrecido; pero cuando el contrato fué aleatorio varia de especie. Las condiciones generales del contrato se alteran, porque el precio se ha fijado con relación al riesgo, y se deben las cosas que llegaron á existir, y nada, cuando no existieran.

En los contratos sobre cosas futuras sujetas á algún riesgo, pueden ocurrir dos hipótesis: 1ª, que se vendan cosas ya existan ó no; 2ª, que se vendan las que existieren en cualquier cantidad. En la primera, aunque las cosas no existan, el contrato no se altera por falta de objeto; en la segunda es necesario que existan, cualquiera que sea la cantidad, porque el peligro aceptado parte de la base de que deben existir; si no existieren en su totalidad, el contrato carecería de objeto, ó más bien faltaría la condición impuesta, de que debía existir en cualquier cantidad. En esta hipótesis se ha excluido el riesgo de que las cosas no llegaran á existir. Si las cosas ofrecidas dejan de existir por culpa del comprador, el contrato no sufrirá alteración, pues se reputa cumplido, art. 538; si la culpa es del vendedor, se regirá por las obligaciones de dar.—Véase mi *Tratado de Contratos*, nos 327 á 332.

Se ha conservado un error gramatical que hicimos notar de la palabra entregarlos en vez de entregarlas.—FREITAS, art. 1884.

(**Art. 1174.**) Las cosas litigiosas no podían venderse por la antigua legislación, pero el Código permite que sean objetos de contrato; así, pueden hipotecarse, venderse, constituir servidumbre, etc., salvo la obligación de hacer constar que son litigiosas, pues de otra manera se cometería un delito.

La venta de una cosa litigiosa es esencialmente un contrato aleatorio, salvo que se hubiere expresamente convenido lo contrario; eso de-



para no incurrir en el delito, y las responsabilidades serán de uno ú otro de los contratantes según las estipulaciones; si el contrato es completamente aleatorio, el comprador no tendrá derecho al precio cuando fuere privado de la cosa.

En principio general *las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos* (art. 1177, 1ª parte), aunque no puedan serlo de algunos especiales, como la compra-venta.

En los contratos en general, *si el que promete entregar cosas ajenas no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado á emplear los medios necesarios para que la prestación se realice* (art. 1177, 2ª parte), y estará exento de los daños y perjuicios, si demostrase que ha hecho lo posible por cumplir lo prometido; pero *si él tuviere culpa de que la cosa ajena no se entregue, debe satisfacer las pérdidas é intereses. Debe también satisfacerlas, cuando hubiese garantizado la promesa y ésta no tuviere efecto* (art. 1177, 3ª parte), porque entonces ha ofrecido un hecho propio y debe responder de su inexecución.

pendará de los términos en que se realice. Cuando el comprador ha tomado sobre sí el riesgo, ó ha comprado los derechos ó acciones, el vendedor tendrá derecho á todo el precio.

Las cosas dadas en prenda pueden ser igualmente objeto de contrato, porque el acreedor prendario no tiene sino un privilegio para ser pagado ejecutando la prenda; la propiedad de la cosa puede, pues, transmitirse; lo mismo sucedería con la cosa hipotecada ó dada en anticresis ó embargada; el derecho del propietario se encuentra limitado por esos derechos preexistentes.

Los terceros á que se refiere el artículo son aquellos que han adquirido un derecho real sobre la cosa y que no intervienen en el contrato; así, el acreedor prendario ó hipotecario no pueden ser perjudicados por la enajenación.— Véase mi *Tratado de Contratos*, n° 335 y sig. FREITAS, art. 1885.

(Art. 1177.) El principio general abraza todas las cosas ajenas que puedan ser objeto de contrato; pero está restringido por la segu-

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1174.—El escribano que otorga la transferencia de una propiedad gravada á favor el Banco Hipotecario Nacional, no está obligado á esperar el previo consentimiento de éste.—Jur. Civ., I, 451, Sér. 2ª.

El contrato de locación que tenga por base un bien embargado, es nulo para el ejecutante si fuese de fecha posterior al embargo.—Jur. Civ., VI, 353, Sér. 1ª.



§ 334.—COSAS QUE NO PUEDEN SER EL OBJETO DE LOS CONTRATOS

Se ha dicho que todo contrato debe tener un objeto; pero es necesario agregar que ese objeto debe ser posible, lícito y no prohibido por la ley.

da parte. Dije en el n° 342 de mi *Tratado de Contratos*, que cuando las cosas ajenas estaban en nuestro poder, y podíamos ejercer derechos propios sobre ellas, el contrato celebrado era válido y daba acción á los daños y perjuicios cuando no se cumpliera. La excepción contiene en su última parte esta disposición: las cosas ajenas pueden comprarse, prestarse ó darse en depósito; pero de ninguna manera se comprende los contratos sobre enajenación, hipoteca, servidumbre, etc.; porque las cosas ajenas no se pueden vender ni hipotecar.

Los contratos que pueden hacerse sobre cosas ajenas son los que transfieran únicamente los derechos que tenemos sobre ellas. El que vende una cosa ajena creyéndola propia, no sólo debe emplear los medios necesarios para entregarla, sin responsabilidad por su parte, cuando no hubiera culpa, como dice el artículo, sino por el contrario, debe pagar los daños y perjuicios. ¿Qué casos comprende entonces la excepción? Lo dije en el n° 346, obra cit., cuando ambos contratantes sabían que la cosa era ajena; si el que la tenía y la ha vendido como tal hace todas las diligencias necesarias y la venta no tiene efecto, cesa su responsabilidad. Esta doctrina parece encontrarse en pugna con la del art. 1163, pero no es así. Cuando se ofrece personalmente el hecho de un tercero, como si A. venderá tal propiedad por tal precio, esa promesa lleva consigo la obligación de pagar los daños y perjuicios si no se realiza; pero cuando vendo la cosa ajena sin garantizar que la venta será ratificada, no ofrezco el hecho de esa persona, sino poner de mi parte los medios para que se realice la ratificación. Son dos casos diversos que obedecen á principios diferentes. Por mi parte, mantengo las opiniones consignadas en los nos 343 y sig. de la obra citada, y considero más justo lo dispuesto por las leyes romanas que permitían la venta de la cosa ajena, haciendo responsable al vendedor por los daños y perjuicios (l. 28, tit. 1, lib. 18, Dig.), pues el que enajena lo que no es suyo, ¿no garante por ese mismo hecho, que su acto será ratificado? Y así lo resuelve el art. 1329, porque si de buena fe se vende la cosa ajena, y se responde por los daños y perjuicios, cuando el comprador ignoraba que lo era, con más razón debe pagarlos cuando lo hizo de mala fe. La incongruencia encontrada entre estos dos ar-



Así, el contrato sobre una cosa imposible físicamente, como el de tocar el sol ó la luna, sería de ningún valor; como el que se propusiera un delito ó un acto contra las buenas costumbres. Sería nulo por falta de objeto, un contrato sobre una cosa que esté fuera del comercio, como si tuviera por fin una función pública que dependa de un nombramiento del gobierno. Sería, por consiguiente, nulo el contrato por el cual se obligase una persona á pagar una suma de dinero para que hiciera renuncia de un puesto público, á fin de ser nombrado en su lugar, como lo sería el contrato que tuviera por objeto explotar entre dos ó más personas un cargo público.

tículos debemos hacerla desaparecer, entendiéndolo así: en el presente, se propone el caso de venta sabiendo ambos que la cosa es ajena, y entonces el vendedor debe hacer todas las diligencias para que se ratifique; en el caso del art. 1329, el comprador ignoraba que la cosa era ajena, y por consiguiente, la vendió como propia.

La palabra *cosa* está tomada en el sentido de bienes; así, un derecho, una servidumbre, etc., pueden ser objeto de contrato, aunque no son cosas.

¿Qué se entiende por los medios necesarios que debe emplear el enajenante para que la prestación se realice? Si consideramos al promitente como un mandatario, sus obligaciones se limitarán á los buenos oficios para que ratifique el contrato; pero si es un verdadero contratante, como lo creemos, su obligación sería adquirirla por su parte, siempre que fuera posible; cuando no la quisieran vender, ó pidieran un precio excesivo, habrá hecho lo necesario para que el contrato se efectúe. La prueba de que empleó los medios posibles, corresponde al promitente; en caso de culpa, al aceptante.

En cuanto á la garantía puede ofrecerse tácita ó expresamente, debiendo los jueces apreciar los hechos que la presupongan.—Véase mi *Tratado de Contratos*, n° 342 á 353.—Comp. FREITAS, arts. 1886 á 1888. MAYNZ, § 283, *Obl.* II.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1177.—Sobre la materia, Maynz, § 283, observación 2°.

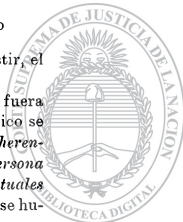
Faltos de la Cim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1177.—El boleto otorgando promesa de venta, se juzga por las disposiciones del contrato de compra-venta, aun cuando el vendedor no sea propietario del inmueble materia del contrato.—Jur. Civ., VI, 325. Sér. 3°.



El contrato debe tener un objeto real, que es la materia esencial para el nacimiento de las obligaciones que impone y los derechos que concede, de donde se deduce, que *son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aun no existían, ó hubieran dejado de existir; y el que hubiese prometido tales cosas indemnizará el daño que causare á la otra parte (art. 1172)*, á menos que los contratos fueran aleatorios; porque si las cosas se ofrecieron como existentes tomando el

(Art. 1172.) El Código se ha separado, al parecer, de las leyes romanas y de las de Partida que declaraban nulo el contrato en este caso; pero en el fondo encierra la misma doctrina, modificada según los principios de justicia. El que vendió una cosa como existente, cuando ha dejado de existir, se encuentra en estas dos hipótesis: ó sabía que la cosa no existía, ó lo ignoraba; pero esta situación personal, haciéndolo responsable de sus consecuencias, en nada altera la naturaleza del contrato, que no ha podido realizarse, por falta de objeto. ¿El promitente deberá los daños y perjuicios? Sí, porque habrá causado un daño á otro, y está obligado á resarcirlo si la cosa no existía, ó dejó de existir cuando se ofreció; en ambas hipótesis el promitente será responsable de sus consecuencias.

El artículo ha sido formado de dos del proyecto de Freitas con algunas variaciones: éste autor dice en el art. 1881, n° 2, «*son nulos los contratos, cuando tuvieren por objeto la entrega de cosas existentes, que aun no existían, ó que dejaron de existir*, salvo si fueren aleatorios», y el art. 1883, «*quien de mala fe prometiére entregar cosas que al tiempo del contrato no existían aun, ó habían dejado de existir, indemnizará todo el daño que causare á la otra parte*». La parte marcada con letra bastardilla, es la que forma nuestro artículo, habiendo suprimido con razón lo que se refiere al contratante de mala fe; pues sin necesidad de ésta deberá responder por los perjuicios. En efecto, el que ofreció una cosa que no existía ó que había dejado de existir, se ha obligado á responder por los perjuicios, cuando el contrato no hubiera podido formarse por falta de objeto, pues es suya la culpa, si ofreció una cosa que no existía. No se trata de cosas que han dejado de existir, caso regido por las obligaciones de dar, sino de cosas que no existen, y que se contrataron como existentes. Algunos, siguiendo á Freitas, han creído que sólo cuando el promitente tuviera mala fe debería los daños y perjuicios; pero rechazamos tal opinión, porque nuestro artículo no exige buena ni mala fe, ni distingue estas situa-



comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran á existir, el contrato sería válido.

No pueden ser objeto de contrato las cosas que están fuera del comercio, ni aquellas que por razones de orden público se hubieren prohibido; así, *no puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate, ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares (art. 1175)*; pero si el contrato se hu-

ciones; y porque la mala fe debe suponerse en el que ofrece una cosa como existente cuando no existe.

Cuando las cosas contratadas hubieren dejado de existir en parte, se regirá por los casos análogos de los arts. 579 y sig. de las obligaciones de dar. Si la cosa que dejó de existir estaba asegurada, el contrato no tendrá efecto sobre la póliza del seguro, porque no es el precio sino la cosa la que se ha contratado. Si el aceptante sabía que la cosa no existía al tiempo del contrato, no tiene derecho á indemnización; si ambos lo sabían, no han ejecutado un acto serio, sino *jocandi causa*, y no produce efecto.

Como lo dije en el n° 379 de mi Tratado de Contratos, si el promitente manifestó la ignorancia ó incertidumbre sobre la existencia de la cosa ofrecida, no sería justo hacerlo responsable, pues el aceptante se ha sometido tácitamente á soportar las consecuencias previstas. ¿Puede ser aleatorio este contrato? No, cuando las cosas jamás han existido; sí, cuando existían, ignorándose por ambas partes si habían dejado de existir. Así, puedo vender un buque que está en viaje y cuya existencia actual ignoro, y la venta aleatoria será válida aunque el buque naufragare momentos después del contrato, pero no así cuando ya hubiera dejado de existir, á menos de haber pactado lo contrario; pues sólo se habría vendido la esperanza. Los contratos aleatorios se fundan en el riesgo futuro á que está sometida la cosa, y en general no pueden tener lugar sobre cosa que ha dejado de existir en el momento del contrato, porque el riesgo entonces no existe, falta sólo el conocimiento del hecho, á no ser que se hubiera estipulado expresamente que se vende la *esperanza*, ó que el contrato existirá aunque no exista la cosa en ese momento.—Comp. arts. 1328 y 1406.

(**Art. 1175.**) La herencia futura está, se puede decir, fuera del comercio, porque no puede ser objeto de contrato, ni aun por renuncia

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1172.—Véase Goyena, art. 99°.

biere hecho simultáneamente sobre bienes presentes, y sobre bienes que dependen de una sucesión aun no deferida, son nulos en el

voluntaria y espontánea, pues se perturbaría el orden social, si fueran permitidas tales renunciaciones. La legislación Romana y la de las Partidas que la siguió prohibían la estipulación sobre herencia futura, no sólo por el peligro para la vida del que se debía heredar, porque pasando la sucesión á personas extrañas, se podía atentar contra ella con el deseo de apoderarse de los bienes, sino por la falta de libertad del renunciante, que muchas veces cediendo al temor de sus ascendientes podían hacerlas; pero permitía las estipulaciones siempre que lo consintiera aquel de cuya sucesión se tratara. El Código las ha prohibido, y el contrato de herencia futura es nulo, por ser contra la prohibición de la ley; pero puede confirmarse, cuando la herencia haya sido deferida. El artículo al parecer se refiere á la sucesión de una tercera persona, pues prohíbe el contrato aun con su consentimiento; pero atendiendo á los términos generales y absolutos de su primera parte, la herencia futura no puede ser objeto de contrato, en ningún caso, ésta es la prohibición; pero atendiendo al estado anterior de la legislación que los permitía con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se tratase, ha agregado para mayor claridad: ni aun con el consentimiento de ésta, así es que uno mismo no puede contratar sobre su propia sucesión.

La prohibición no comprende el contrato sobre todos los bienes presentes, pues entonces no se trata de la sucesión; del mismo modo serán válidos los contratos sometidos á la muerte de una tercera persona. Para que el contrato sea nulo es necesario: 1º, que sea hecho en previsión de una sucesión; 2º, que la cosa objeto del contrato se encuentre en la sucesión; 3º, que la cosa se obtenga á título de sucesión. Cuando la obligación personal desaparece, para obligar sólo á la sucesión futura, siguiendo sus eventualidades, es un contrato que depende de la existencia de esa sucesión, y la prohibición de la ley lo comprende: lo mismo sucederá si vendo tal objeto que debo recibir á la muerte de mi padre, como perteneciente á su sucesión.

Cuando la persona ha sido declarada ausente con presunción de fallecimiento, y se ha dado la posesión definitiva, la herencia no sería futura, por más que el ausente pueda aparecer, y la venta de ella sería válida; no así cuando sólo se ha dado la posesión provisoria, porque los herederos son únicamente meros administradores, y aunque la ley ha declarado fallecido al ausente, no ha consagrado esa declaración de una manera definitiva.





todo, cuando han sido concluidos por un solo y mismo precio, á menos que aquel en cuyo provecho se ha hecho el contrato consienta en que la totalidad del precio sea sólo por los bienes presentes (art. 1176); porque entonces el contrato queda reducido á las

El contrato sobre herencia futura puede ser anulado por petición de cualquiera de las partes. Cuando se contrata sobre la sucesión de una persona que se creía muerta, estando viva, el contrato será nulo por falta de objeto; pero si creyéndola viva se contrató sobre su sucesión, aunque hubiera fallecido, el contrato sería nulo, porque fué hecho contra la prohibición de la ley.

Las donaciones hechas entre los esposos para después del fallecimiento, quedan comprendidas en esta prohibición; pero si fuesen de bienes determinados, su enajenación puede hacerse con consentimiento de ambos, art. 1233.—Comp. arts. 848, 1176, 1449, 3311, 3599. Cód. FRANCÉS, art. 1130. GOYENA, art. 994. AUBRY y RAU, § 344, notas 18 y 19.

(Art. 1176.) El artículo ha venido á resolver las dificultades que nacen del art. 1130, Cód. Francés. Los autores enseñan, que si el acto fuera divisible valdría el que tenía por objeto la cosa no reprobada; si era indivisible se anularía en el todo, y el Códig., siguiendo á Aubry y Rau, ha decidido que sería válido, si el aceptante se conformase con recibir la cosa presente ó que pudo ser objeto del contrato por el mismo precio ofrecido por el todo. Dije en el núm. 409 de mi Tratado de Contratos, que cuando cada una de las cosas tuviera un precio determinado, la anulación del contrato sobre la herencia futura en nada afectaría á las otras estipulaciones, porque debía considerarse como otros tantos contratos separados. La dificultad nace de los términos algo oscuros del artículo, al declarar nulo el contrato hecho simultáneamente sobre cosas presentes y los que dependen de una sucesión no deferida, á menos dice: que aquel en cuyo provecho se ha hecho consienta en que la totalidad del precio sea sólo por los bienes presentes. El contrato es en provecho de ambos contratantes; en esta parte está, pues, expresada la idea obscuramente; lo que se ha querido decir es que, cuando el aceptante ha pagado un precio único por am-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1175.—L. 13, Tít. 5, Part. 5^a.—L. 30, Tít. 3, Lib. 2, Cód. Romano.—Zachariæ, § 616.—Troplon, *De la vente*, n^o 246 y 250.—Cód. Francés, arts. 791 y 1130.—De Nápoles, 703 y 1084.—Holandés, 1109 y 1370.—Italiano, 1118.—Aubry y Rau, § 344.



cosas que pueden ser objeto de él, y no habría razón para anularlo, si el comprador se conforma.

§ 335.—DEL DELITO DE ESTELIONATO

Creo que en un Código Civil no debe tener lugar la materia sobre delitos que pertenecen exclusivamente al Código Penal; pero como se la toma bajo el punto de vista de la indemnización civil de los daños y perjuicios, sin referirse á la pena, cabe dentro de estos límites.

En los contratos *incurre en el delito de estelionato y es responsable de todas las pérdidas é intereses: 1º, el que hubiese contratado sobre cosas ajenas como propias, si no hiciere tradición de ellas (art. 1178)*; porque si las entregare sólo responderá por

—
bas cosas y consiente en tomar la presente, renunciando á la futura, el contrato valdrá, y así debe entenderse. El estipulante no puede mantener la validez del contrato á pesar del rechazo del aceptante. El acto es sólo anulable por parte del aceptante, quien puede confirmarlo renunciando á la herencia futura; pero no podrá pedir disminución de precio. Esto no implica privar al estipulante de hacer declarar la nulidad en la parte que se refiere á la herencia futura demandando alternativamente, ó la nulidad de todo el contrato, ó sólo en lo referente á la cosa prohibida, si el aceptante quiere mantenerlo en los mismos términos.

(**Art. 1178.**) El art. 204 del Cód. Penal castiga este delito sin clasificarlo; pero está exento de pena el que de buena fe, creyendo que la cosa era suya ó teniendo razón para creerse dueño, la ha vendido como propia; por eso la responsabilidad es para el que no hiciera tradición de la cosa, pues si tiene la propiedad sin la posesión no ha podido venderla sin engaño. Cuando se hizo la tradición, si fuere vencido el comprador, corresponde la evicción, no hay, por consiguiente, delito. Si el estipulante prometió la cosa como propia y el otro la aceptó sabiendo ambos que era ajena, no hay delito, han hecho un acto regido por el artículo anterior. Para que haya delito es necesario mala fe en el promitente y buena fe en el aceptante. Si después de entrar en posesión de la cosa sabe el adquirente que era ajena, puede retener el precio si no la ha pagado; si lo hizo, no puede pedir la nuli-

la evicción; 2º, *el que contratarse de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas ó embargadas* (dadas en anticresis), *como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiere aceptado la promesa de buena fe* (art. 1179). La mala fe no se presume, es necesario demostrarla, y será una cuestión de hecho.

dad de la venta tomando sobre sí el cargo de defender el derecho del dueño que no ha reclamado; deberá esperar la reivindicación, pues el adquirente es en realidad el dueño hasta que no se haya decidido lo contrario. El artículo se refiere al que contrata la cosa ajena como propia; por consiguiente, no veo la razón razón por que se aplicaría al adquirente, para hacerle pagar los daños y perjuicios, á menos de haber existido dolo por su parte.

Si el adquirente sabe que la cosa era ajena ignorándolo el vendedor, el comprador perderá el precio, pero no deberá perjuicio alguno. — Véase art. 1329.

(Art. 1179.) No hay delito cuando de buena fe se hubiera contratado sobre cosas litigiosas pignoradas, hipotecadas, embargadas, creyéndolas libres, pues falta la intención de cometerlo. Se comprenden las cosas dadas en anticresis, que se encuentran en las mismas condiciones. Si por error de derecho se hubieren creído libres los bienes, aunque este error no aprovecha sino á las personas expresamente autorizadas por la ley, serviría para demostrar la buena fe y salvarlo del delito; pero no de los daños y perjuicios causados. El aceptante debe tener buena fe, es decir, ignorar que las cosas no estaban libres, porque si sabía que no lo estaban, no tendrá derecho á los perjuicios, aunque podrá anular el contrato, si no se le entregase las cosas libres de todo gravamen. La buena fe debe probarse por el estipulante para librarse de la pena. — Véase mi *Tratado de Contratos*, nº 416 y 417. — Comp. FREITAS, art. 1819, y nuestro art. 3142.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 1178. — Para que no se le considere incurso en el delito de estelionato ni se le condene en las pérdidas é intereses debe acreditar que ha hecho la tradición. — Jur. Civ., VIII. 571, Sér. 1ª.



CAPÍTULO IV
DE LAS FORMAS DE LOS CONTRATOS
§ 336.—DE LA FORMA EN GENERAL



Se estableció como una regla general en el art. 12 que la forma de los contratos era regida por las leyes del país en que se hubieran celebrado; regla confirmada por el art. 950 y repetida por el (**art. 1180**), cuando dice: *la forma de los contratos*

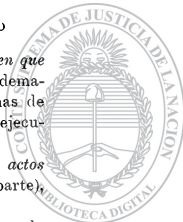
(**Art. 1180.**) La forma de los contratos corresponde á las leyes de fondo que debe dictar la nación. Las provincias sólo tienen facultad para legislar sobre procedimientos judiciales. El presente artículo es una aplicación de los arts. 12, 82, 83, 950, 1211, 3635 y 3638, en lo que se refiere á los demás actos jurídicos celebrados en el extranjero.

El artículo se aplica á los contratos celebrados fuera de la República, porque teniendo en la nación una legislación única, las provincias no pueden alterarla. Cuando se suscitare alguna duda sobre la forma del contrato, alegando que no es la permitida en la nación, no debe aplicarse el procedimiento del art. 13, y el que sostiene su validez debe probar que está con arreglo á dichas leyes; por el contrario, el acto se supone celebrado en conformidad á las leyes del país, si fuere hecho por funcionarios públicos, y la prueba corresponde al que ataca su validez. Si el acto fué extendido con arreglo á los usos del lugar, sólo valdría si esos usos tuvieran fuerza de ley en la nación donde se practicaron.

Los contratos pueden principiarse en un lugar y concluirse en otro, y su validez será juzgada en cuanto á la forma por la ley del lugar donde se concluyó. Freitas, art. 1935, 2ª parte, dice: «si los contratos dependieran para su conclusión, como contrato especial, de una forma privativa, como la de un instrumento público ó particular, ó de la intervención de un tribunal ó funcionario cualquiera, repútese concluido en el lugar en que esa forma fué cumplida.» Así, el contrato hecho por instrumento privado para reducirlo á escritura pública, se juzga concluido en el lugar donde fué hecha la escritura.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1180.—Cód. de Prusia, art. 111, Tit. 4, part. 1ª, y las citas al art. 12, título preliminar *De las leyes*.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 1180.*—Debe reducirse á escritura pública el contrato de compra-venta estipulado en instrumento privado.—Jur. Civ., XV, 18, Sér. 4ª.



entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido (art. 1182, 1ª parte), y que reputamos demasiado absoluta, porque ha debido dar lugar á las formas de nuestro país, cuando se tratare de contratos que deben ejecutarse en la Argentina.

Las reglas establecidas en cuanto á las formas de los actos jurídicos, deben observarse en los contratos (art. 1182, 2ª parte), en cuanto no sean modificadas por este capítulo.

La forma es el conjunto de solemnidades necesarias para la formación de un acto, y no debe confundirse con la prueba, si bien algunas veces se confunden en una sola, como sucede en los testamentos, donde la forma y la prueba están tan íntimamente unidas que no se pueden separar.

La forma de los contratos entre ausentes, se sujetarán á estos principios:

En los contratos que se hicieren entre ausentes se deben tener presente: 1º, *si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgado* (en cuanto á su forma) *por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento; 2º, si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares ó por medio de agentes ó por correspondencia, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables á la validez del contrato (art. 1181).*

(**Art. 1182.**) La regla se aplica en cuanto sea posible y tratándose de lo dispuesto en los arts. 973 y 978.

Téngase presente que la forma de un acto es el conjunto de las solemnidades que deben observarse en su formación, y que esos artículos se refieren á las reglas generales que dominan la materia de todos los actos destinados á la adquisición, modificación ó extinción de derechos, sin determinar cuáles sean esas formas. Deben comprenderse igualmente las escrituras públicas, cuando los contratos deban hacerse en esa forma.

(**Art. 1181.**) Cuando los contratantes estuvieren en diversos lugares pueden ocurrir los casos siguientes: 1º, que el instrumento fuere firmado estando en diversos lugares, pero como si se hubiera hecho en uno sólo; 2º, que haya varios instrumentos firmados en diversos lugares; 3º, que sólo conste de la correspondencia epistolar. En el primer caso, se considera que ambos han concluido el contrato en el lugar in-

Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma (art. 1183); pero quedará concluido

dicado en la fecha del instrumento, aunque ni uno ni otro hubieran estado en ese lugar, y su validez ó nulidad se juzgará por las leyes de ese lugar en cuanto á la forma del instrumento, porque se presume que ha sido elegido por ambos contratantes. En el segundo caso, ó cuando el contrato se hiciese por agentes, los jueces aplicarán las leyes que sean más favorables á la validez del acto. Se comprende que estas reglas deben aplicarse en la República, pues no se legisla para naciones extrañas. Si los contratantes no estuvieren domiciliados en la nación, ni los contratos fueran ejecutables en ella, aunque estuvieran de paso, no podrán ser sometidos á la jurisdicción de nuestros tribunales. En el tercer caso, cuando el contrato se forma por correspondencia epistolar, se aplicarán las leyes que fueran más favorables á la validez, aunque ambas sean extranjeras por haber tenido efecto estando ambos domiciliados en naciones diferentes.

En cuanto á la jurisdicción que nuestros tribunales puedan ejercer para juzgar en estos contratos sobre individuos que están domiciliados en la República, las leyes de procedimientos las determinarán teniendo presente que sólo pueden estar sometidos por haber elegido la nación como domicilio especial. Cuando se tratare de un individuo domiciliado en la Argentina que fuera demandado en el extranjero por cumplimiento de contrato, no debe hacerse lugar, sino cuando se hubiere elegido ese lugar como domicilio especial para su ejecución.— Véase FREITAS, art. 1936, y nuestro art. 1214.

(Art. 1183.) Si la forma instrumental fuera ordenada y se hiciera verbalmente, el contrato no tendrá efecto si la ley ordenara la escritura pública so pena de nulidad; como, p. e., en las donaciones de inmuebles, el contrato no valdría, pero podría compelerse al donante á extender la escritura con arreglo al art. 1187. Lo mismo sucederá cuando el instrumento ordenado se anulare por algún vicio de forma externa, porque si es interna como el de error, dolo, fraude, etc., estará sujeto á otras reglas. Este artículo sufrió una corrección indicada por el Dr. Segovia, quien siguiendo á Freitas, art. 1928, notaba que el *para* había sido mal traducido, y la reforma hizo un sólo caso. con la preposición *en*, en lugar de separarlo con la partícula disyuntiva *ó*, como lo trae Freitas, que dice: «Cuando la forma instrumental fuere decretada, *ó* la de una especie determinada de instrumento»: dos casos, uno





para el efecto de obligar á las partes á extender el instrumento; así, *los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público ó particular, fuesen hechos verbalmente, también quedarán concluidos para el efecto designado en el art. 1187 (art. 1188).*

Por la misma razón, *los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, ó que fuesen hechos por instrumento parti-*

general y otro especial, mientras el artículo forma uno solo al decir: si la forma instrumental fuera decretada en una determinada especie de instrumento. Forma general: el contrato debe hacerse por escrito; no vale si se hace verbalmente; forma especial determinada, que se haga en escritura pública, no valdrá; pero si se hizo por documento privado podrá exigirse se extienda en uno público, á menos que las partes hayan convenido que el instrumento particular no valdría sin el público, art. 1186.—FREITAS, art. 1928.

(**Art. 1188.**) El contrato verbal generalmente no tiene efecto; porque pasando la suma de 200 pesos debe hacerse por escrito; lo que no excluye que pueda demostrarse por confesión de los mismos interesados ó por el juramento decisorio. La forma escrita no es esencial para la existencia del acto, como podría creerse del contexto del artículo 1193; pero basta fijarse que ese artículo se encuentre bajo el Cap. *De la prueba*, para comprender que se ha exigido como una manera de probar su existencia, excluyendo sólo la testimonial. Este artículo está bajo el Cap. *Forma de los contratos*, y dispone, por el contrario, que pueda hacerse verbalmente cualquiera que sea su valor; así, puede probarse que se ha ofrecido extender el contrato por escrito, y obligar á la parte á que lo haga. Cuando se ha confesado ó ejecutado el contrato verbal, la obligación de dar los títulos necesarios existe y debe ejecutarse. Si la ley rechaza la prueba testimonial para justificarlo, no exige la prueba escrita de una manera esencial, como

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1183. — L. 22, Tít. 1, Lib. 10, Nov. Rec., y L. 17, Tít. 21, Lib. 4, id.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1183.—Proyecto de Goyena, art. 1003.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 1183.*—Los contratos para los cuales se establece por la ley formas y solemnidades determinadas, no producen acción en juicio si ellas no han sido observadas.—Jur. Com., II, 10.

cular en que las partes se obligasen á reducirlo á escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado á hacer escritura pública (art. 1185). El art. 1885 no tendrá efecto cuando las partes hu-

sucede en el matrimonio. Así, podrá probarse por confesión de parte, juramento judicial ó presunciones legales.—Véase FREITAS, art. 1934.

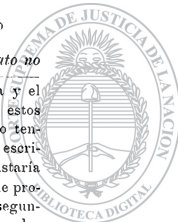
La palabra instrumento público comprende por su generalidad la de escritura pública.

(**Art. 1185.**) Los contratos tienen dos momentos: uno preparatorio, que antiguamente se llamaba la perfección, y otro en que se concluye ó se consuma. Cuando por instrumento privado he vendido un inmueble, se ha concluído un contrato, la venta se ha realizado y las partes deben cumplirla; en la legislación anterior al Código se autorizaba para demandar su ejecución; pero éste sólo da derecho para pedir la escritura pública, que en mi opinión significa lo mismo: en efecto, escriturar la venta es realizarla, es pagar el precio y recibir la cosa; luego, pedir la escrituración es demandar la ejecución del contrato. Buscando, sin duda, la separación de estos dos momentos, es que ha sido inducida en error una de las Cámaras de Apelación de la Capital, exigiendo se extienda en escritura pública el boleto de enajenación, para demandar en seguida la ejecución del contrato.

La filiación del artículo es el art. 1930 de Freitas tomado literalmente, y este autor se refiere en su primera parte á los contratos que deben hacerse en escritura pública, indicando los comprendidos en el n° 1 del art. 1929, que es el n° 1 del 1184 del nuestro, y el segundo caso al n° 2, que es cuando las partes se obligan expresamente á reducir á escritura pública el contrato privado, caso que nuestro art. 1184 no ha comprendido. Ahora bien; cuando el contrato es de aquellos que por su naturaleza debe reducirse á escritura pública, como la venta de inmuebles, p. e., el acto queda concluído como obligación de hacer escritura pública, y no da derecho para demandar la cosa al uno y el precio al otro directamente; pero lleva consigo estas acciones al pedir

Faltos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1188.—Los que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos verbalmente, quedan concluídos á efecto de que las partes puedan demandar su escrituración, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas ó intereses.—Jur. Civ., III, 334, Sér. 3°.





biesen declarado en el instrumento particular que el contrato no

la escrituración, pues se pide virtualmente la entrega de la cosa y el pago del precio. Los objetos de la escrituración coinciden en estos casos con el cumplimiento del contrato; pero hay otros en que no tendrá lugar, como sucedería en la cesión de un crédito constante en escritura pública, cuyo traspaso se hizo por documento privado, y bastaría para justificar en parte la decisión, el que haya dos contratos que producen efectos diferentes: el primero como obligación de hacer; el segundo ejecutando la obligación; pero esto no justifica el mandato de reducir á escritura pública el boleto, para pedir en seguida la escrituración. Donde el caso se manifiesta más claramente es cuando las partes han convenido que el instrumento particular se redujera á instrumento público, entonces hay tres momentos: el del otorgamiento del instrumento privado, que prueba una obligación de hacer; la reducción á escritura pública del contenido de ese instrumento; y finalmente la conclusión del contrato mismo. ¿Por qué esa diferencia? Por la naturaleza de las estipulaciones, cumpliendo la voluntad de los contratantes. Si al verificar una venta por contrato privado nos obligamos á reducir el boleto á escritura pública, ninguna de las partes podrá pedir la escrituración de la cosa vendida ó comprada, porque esa acción nace sólo después de realizar la escrituración convenida.

El artículo se refiere á los contratos únicamente, y no á los actos jurídicos, porque con excepción del art. 1184, n° 10, que los comprende, cuando modifican ó extinguen los derechos concedidos y del número que habla del pago ó la extinción del contrato mismo, no hay actos jurídicos que se encuentren en esa condición. El reconocimiento de hijos naturales, la aceptación ó repudiación de una herencia, la aceptación ó la exoneración de la tutela, la desheredación y otros semejantes, no pueden estar sujetos á la disposición de este artículo.

Cuando el contrato se hubiere concluido, la ejecución le daría mayor fuerza, pues sólo quedaría la forma que necesariamente se debe llenar, tratándose de la transmisión de la propiedad raíz; pero no se puede sostener que esa ejecución no valida el contrato, que ya está cumplido, cuando no hubiere necesidad de escritura pública. Vendo, p. e., 1000 fonegas de maíz, y nos obligamos á reducir el contrato á escritura pública: sin hacer la escritura entrego lo ofrecido y recibo el precio. ¿Esta ejecución no es acaso bastante? ¿Puedo ser demandado por el precio, mientras no se hace la escritura pública? No creo sostenible semejante tesis.

No debe hacerse distinción para el pago de los daños y perjuicios,

valdría sin la escritura pública (art. 1186), pues ambos se han reservado el derecho de arrepentirse, y no habrá ni obligación

entre el que no hace la escritura que se obligó, y el que una vez hecha no cumple el contrato. No hacer la escritura, es no cumplir el contrato, pues priva al otro de exigir su realización; en una palabra, no se ejecuta el contrato. Hay contratos, como el de matrimonio, p. e., que no pueden ser comprendidos en estas disposiciones, porque la escritura pública es esencial para la validez, pues no hay matrimonio sin la acta extendida en el Registro Civil y cualquier acto comprometiéndose á casarse no tiene valor alguno.—Véase nota al art. 916.

(**Art. 1186.**) Este es uno de los muchos casos en que la nota del Dr. Velez Sarsfield pone en duda lo ordenado en el texto, y no debe tomarse en cuenta, porque la nota no tiene autoridad para variar la ley; son errores disculpables dada la precipitación con que se hizo la obra. El texto del artículo es claro y no ofrece duda; la voluntad particular se sobrepone en ese caso á la forma exigida por la ley, lo que

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1185.—El contrato privado de venta de un inmueble dá derecho al comprador para exigir la escrituración de la compra, ó la indemnización de perjuicios, si resulta que el vendedor concluyó la venta con un tercero.—XXXVIII, 130.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cip.—Aplicación del art. 1185.—El boleto privado de compra-venta no puede fundar ninguna acción que tenga por base la existencia de un contrato.—Jur. Civ., V, 264, Sér. 5ª.

NOTA:—Esta resolución es insostenible.—(N. del A.)

Reconocida la existencia del contrato de compra-venta en instrumento privado, procede su reducción á escritura pública.—Jur. Civ., VI, 188, Sér. 3ª.

El obligado á elevar á escritura pública una venta concertada en instrumento privado, y que no cumple la obligación, debe resarcir los daños y perjuicios que con su negativa irroque al otro contratante.—Jur. Civ., IV, 293, Sér. 2ª.

Aun demandada la rescisión del contrato de compra-venta por instrumento privado, debe resolverse la reducción del boleto á escritura pública, si el demandado así lo exige.—Jur. Civ., IV, 379, Sér. 5ª.

La obligación de otorgar una escritura, justificada por cualquier de los medios que la ley permita para probar los hechos, importa una obligación de hacer, y la parte que se niegue á otorgarla debe resarcir las pérdidas é intereses.—Jur. Civ., VI, 88, Sér. 2ª.

El boleto sobre venta de bienes raíces es un contrato privado perfecto en cuanto obliga á las partes á reducir á escritura pública la operación celebrada.—Jur. Civ., VII, 155, Sér. 1ª.

NOTA—Esta decisión bien fundada contradice la primera, que no puede explicarse ante los principios del derecho.—(N. del A.)

El boleto de venta sólo puede considerarse obligación de hacer.—Jur. Civ., I, 424, Sér. 2ª.





de hacerla; pero si no hubiera esa cláusula expresa, *la obligación de que habla el art. 1185 será juzgada como obligación de*

se debe admitir siempre que no ataque el orden público ó las buenas costumbres. ¿Por qué los particulares no tendrían el derecho de estipular que el contrato hecho en escritura privada será considerado como un simple proyecto hasta que no sea reducido á escritura pública? Ambos se habrían dado un tiempo para reflexionar, y esto importaría, como dice Freitas, art. 1933, una cláusula de arrepentimiento, que á nadie perjudica. La nota tomada del texto de Aubry y Rau, § 343, n° 3, dice: «la cláusula por la cual las partes convengan en consignar sus convenciones es un acto bajo forma privada, ó que consten por escritura pública, no hace depender la existencia de ellas del cumplimiento de estas formalidades», y agregan los autores de la nota 21: «las cláusulas de esta naturaleza deben en general ser consideradas como que sólo tienen por objeto asegurar la prueba de la convención á la cual se refieren», todo lo que el Dr. Velez Sarsfield ha transcripto en una sola nota, que en realidad no contradice el texto, porque no habla del caso en que se hubiera declarado en el instrumento privado, que no valdría sin la escritura pública; pero se explica perfectamente atendiendo al texto de Aubry y Rau. l. c., que agregan, lo que trae el artículo: «á menos que no resulte claramente de los términos mismos de las declaraciones, que tal ha sido la intención de las partes.» La regla general, es pues la consignada en el art. 1185 y la excepción, la voluntad expresa de las partes en sentido contrario; de esta excepción se ha formado el artículo, y la nota de la primera parte del texto y nota de Aubry y Rau. No hay dificultad entonces en reconocer, que cuando las partes convengan en que no valga el contrato sin la escritura pública, ambos pueden retractarse y no firmar la escritura sin obligación alguna. Demolombe (XXIV, n° 36), opina que cuando las partes tratando verbalmente convienen en consignar el contrato en un instrumento privado se debe entender que su intención ha sido no obligarse sino después que el acto se hubiere hecho por escrito; pero el Código rechaza esta teoría en el art. 1188, como lo veremos más adelante. Mi opinión es que no existe escritura, ni hay contrato porque las partes han subordinado su validez á la existencia de ella; se han acordado mutuamente una prórroga para arrepentirse. Si hubiera contrato condicional como lo sostiene Demolombe, ninguna de las partes podría voluntariamente impedir que la condición se cumpliera. Si en la convención se hubiera estipulado una pena para el caso de no reducir el acto á escritura pública, dejándolo sin valor, la pena serviría

hacer (escritura pública) y la parte que resistiere á hacerlo podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública.

como arras, del mismo modo si se hubiera dado una señal. Laurent (XV, n° 448), apoya la tesis que sostengo.

Freitas, art. 1933, trae dos casos: 1°, cuando las partes declararen en el instrumento particular que nada se haya hecho antes de extenderse la escritura pública; 2°, cuando el contrato no valga sin la escritura pública, y así debemos considerarlo, pues se cumplirá la voluntad de las partes, siempre que no contrarie el orden público ó las buenas costumbres.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al-art. 1186.—La cláusula por la cual las partes convengan en consignar sus convenciones en un acto bajo forma privada ó de que consten por escritura pública, no hace depender la existencia de ellas del cumplimiento de esas formalidades en los contratos en que las leyes no las exigen. Una cláusula de esta naturaleza debe en general ser considerada, como que sólo tiene el objeto de asegurar la prueba de la convención á la cual se refiere. Tropilong, *De la vente*, n° 19.—Toullier, VIII, n° 140.—Aubry y Rau, § 343, nota 9.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 1186.*—Justificada la existencia del contrato verbal, las partes están obligadas á hacer escritura pública del convenio, pero no de lo que constituya el objeto del contrato.—Jur. Civ., II, 146, Sér. 4°.

El vendedor debe otorgar la escritura pública del contrato de compra-venta constante de instrumento privado, bajo pena de ser condenado en las pérdidas é intereses.—Jur. Civ., VI, 157, Sér. 3°.

Siendo la acción de daños y perjuicios sólo subsidiaria en caso de no cumplimiento de la obligación de hacer, debe ser rechazada si el obligado se allana al otorgamiento de la escritura del contrato de compra-venta pactada en instrumento privado.—Jur. Civ., II, 5, Sér. 5°.

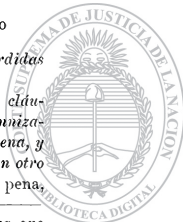
Reconocida por el obligado la falta de cumplimiento de una obligación de hacer, aunque se alegue imposibilidad material, debe ser condenado á cumplirla, ó en su defecto, al pago de los daños é intereses y las costas del juicio.—Jur. Civ., III, 142, Sér. 3°.

El boleto de compra-venta no puede considerarse contrato perfecto, y como simple obligación de hacer, el vendedor que se niegue al cumplimiento debe devolver doblada la suma recibida aún como parte del precio.—Jur. Civ., I, 124, Sér. 3°.

Nota.—Esta resolución no puede justificarse ante los principios. El que ha pagado parte del precio debe cumplir el contrato, ó si no indemnizar los daños y perjuicios.—(N. del A.)

La acción de daños y perjuicios por falta de cumplimiento de un contrato, sólo procede si el condenado no cumple la obligación de otorgar escritura pública.—Jur. Civ., IX, 343, Sér. 3°.





blica, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas é intereses (art. 1187).

Si en el instrumento público se hubiese estipulado una cláusula penal ó el contrato fuese hecho dándole arras, la indemnización de las pérdidas é intereses consistirá en el pago de la pena, y en el segundo en la pérdida de la señal ó su restitución con otro tanto (art. 1189); pero no sucederá así respecto de la pena,

(**Art. 1187.**) Se ha suprimido las palabras *escritura pública*, que completa el sentido, debiera decir: «será juzgada como obligación de hacer *escritura pública*»; porque la obligación de escriturar no es en realidad una obligación de hacer en el sentido legal, desde que no es un servicio el que debe prestarse, art. 625. Si fuera obligación de *hacer*, el juez podría ordenar la escrituración, si con ello se conformara la otra parte, y sin embargo, no puede llevarse á cabo. En el sentido legal, lo que ambas partes se obligaron es á hacer la escritura pública; si no se hiciera, se pagarán los daños y perjuicios porque el contrato no se lleva á efecto, reglándose según lo dispuesto en esta materia.

El artículo fué reformado siguiendo las indicaciones de la nota 173 de la Instituta, poniendo en vez del artículo anterior, el 1185 á que realmente se refería. Freitas, art. 1931, dice con más propiedad: «y la parte remisa podrá ser demandada», lo que nuestro artículo ha sustituido con la parte que se resistiere á hacerlo; se puede ser remiso ó retardar el cumplimiento, sin resistirse abiertamente. Como la escrituración en muchos casos importará el cumplimiento del contrato, los jueces pueden señalar un término prudencial según las circunstancias.

(**Art. 1189.**) Esto se debe extender á los instrumentos privados, como lo hace Freitas, art. 1932, de donde ha sido tomado, y porque de esos instrumentos hablan los arts. 1185 á 1188. La cláusula penal puesta en un contrato no se puede ofrecer para libertarse de cumplirlo, sino cuando expresamente se hubiere estipulado así, art. 568, pues de otro modo tendrá derecho el otro contratante á exigir su cumplimiento, y sólo en caso de no poderse cumplir hará efectiva la pena que representa los daños y perjuicios; lo contrario sucede con las arras ó señal dada, que se devolverá con otro tanto ó se perderá por el que la dió, sin tener otra obligación.—FREITAS, art. 1932.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1189.—La recepción de señal ó arras, importa la reserva para una de las partes de rescindir el contrato sin el consentimiento de la otra.—Jur. Civ., I, 187, S6r. 2°.



que sólo se tomará como indemnización de las pérdidas é intereses, cuando la obligación no pudiera cumplirse; á menos de haberse reservado expresamente ese derecho.

Las arras, en todo contrato, representan la facultad de arrepentirse uno ú otro, mientras la cláusula penal importa los daños y perjuicios por falta de cumplimiento.

§ 337.—DE LOS CONTRATOS QUE DEBEN EXTENDERSE
EN ESCRITURA PÚBLICA

Nos parece evidente el error de expresión en el art. 1184, cuando exceptúa de la escritura pública á todos los contratos celebrados en subasta pública, pues sólo debe referirse á los inmuebles; porque los demás no pueden estar comprendidos. Así, *deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública (art. 1184), sólo los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad ó usufructo, ó alguna obligación ó gravamen sobre los mismos, ó traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro (art. 1184, n° 1); fuera de estos*

(**Art. 1184.**) Observamos en la Instituta, nota 171, que creíamos un error de copia la agregación siguiente: «con excepción de los que hubieran sido celebrados en subasta pública», y que esa expresión sólo puede y debe ser aplicada al primer inciso. No sería posible justificar ni sostener ante los principios la teoría contraria. En efecto, se comprende que la constitución de derechos reales sobre inmuebles se pueda hacer en subasta ó remate público, y es posible que así suceda cuando el asunto se ha seguido judicialmente; pero, ¿quién pensará que puedan hacerse en remate público las particiones extrajudiciales, las convenciones matrimoniales, la cesión ó repudiación de herencia, los poderes generales ó especiales, las transacciones, etc.? Todo demuestra que esa cláusula corresponde al inciso primero, y que fuera de ella no puede tener valor; así la trae, FREITAS, art. 1929, n° 1.

(**Art. 1184, n° 1.**) El remate público por las condiciones y circunstancias que le preceden y tienen lugar, se puede considerar sin peligro como un acto auténtico y equipararlo á la escritura pública, dando por concluido y perfecto el contrato: la escritura que le sigue es sólo una nueva prueba de la realización del acto; pero una



casos, la subasta ó remate público no se comprende. Y por consiguiente se extenderán en escritura pública, sin excepción alguna, los actos siguientes:

disposición semejante debía tener otra correlativa como la de Freitas, art. 1929. ¿Es una nueva forma de transmitir la propiedad raíz? Así se deduce del contexto del artículo, pero nada hace pensar que el Código haya eximido de la escritura pública tales contratos; porque la transmisión de bienes raíces no puede hacerse en general, sin previo certificado de las oficinas de hipotecas, registro de propiedad, oficina de embargos é inhibiciones, Obras de Salubridad y Contribución Directa. Si admitiéramos la teoría que nace de la redacción del artículo y de las decisiones de la Suprema Corte Nacional, transformaríamos fundamentalmente nuestro régimen de transmisión de la propiedad. La Corte ha decidido que el acto del remate es en sí mismo un contrato perfecto de compra-venta, que tratándose de bienes inmuebles no necesita para su legalidad y validez ser extendido en escritura pública, art. 1184, viniendo la escritura en este caso á importar tan sólo la autenticación *ex post facto* del acto del remate, pero no un contrato, porque no hay objeto ni posibilidad jurídica de volver á vender lo que ya estaba vendido; á pesar de la autoridad de tal decisión, como esa declaración se hizo en un punto incidental, no pienso que prevalezca, porque sería sumamente peligroso cambiar de una manera violenta la forma del traspaso de la propiedad, llevándonos á una especie de transmisión clandestina. Quedarían inútiles las inhibiciones, embargos y demás obstáculos creados por las leyes para que la transmisión se haga con garantía recíproca para los contratantes, y ya que no podemos oponernos al texto expreso de la ley, la limitaríamos á los casos de remate público mandados hacer por la mano de la justicia, pues cuando ordene la enajenación, ella levantará todas las dificultades que se opusieran, dando seguridad al adquirente. La constancia en el expediente de la orden de remate, la de haberse realizado, así como la de su aprobación por un acto final, puede reemplazar la escritura pública de transmisión; no obstante, los jueces ordenan la escritura pública, creyéndola necesaria.

En los remates particulares no hay garantía alguna para que la transmisión se considere hecha por el solo acto del remate; no basta el boleto, donde se expresa generalmente la obligación de hacer la escritura pública de transmisión. Sería urgente reformar esta parte declarando, que sólo se exceptúan de la escritura pública las ventas en subasta ordenadas por la justicia. ¿Pueden negarse á escriturar los com-



1º *Las particiones extrajudiciales de herencias cuyo importe llegue á mil pesos, ó en las que haya bienes inmuebles, aunque su valor sea inferior á dicha cantidad (art. 1184, n° 2);* la nulidad de un contrato semejante, sólo impide que produzca los efectos de una partición hecha en escritura pública; pero las partes pueden obligarse á extenderla, á menos que hubieran declarado que no valdría sin la escritura.

2º *Los contratos de sociedad y la prórroga de ellos, cuando el capital de cada socio pase de mil pesos, ó cuando alguno de los bienes aportados sean inmuebles (art. 1184, n° 3);* encontrándose en el mismo caso que el número anterior.

pradores alegando defectos en el título de la propiedad? En los contratos bilaterales únicamente puede pedirse su cumplimiento, cuando no hubiere pacto expreso de disolverlos, art. 1204, y sólo podrá suspender la entrega del precio, cuando tuviera motivo fundado de ser molestado por la reivindicación, á menos que el vendedor le afiance su restitución, art. 1425. Las ventas en remate público, si bien prueban de una manera auténtica la verdad del contrato, deben extenderse en escritura pública, y con mayor razón si el boleto indica esta obligación: se exceptuarán las ventas judiciales en subasta.

El inciso comprende la transmisión de la propiedad, ó cualquier derecho real fraccionario de ésta, como el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres reales, etc. La escritura pública puede extenderse por funcionarios que no sean escribanos públicos, si están autorizados para hacerlo, art. 997; sin embargo, los gobiernos á pesar de los decretos enajenando bienes raíces en los límites de sus atribuciones, mandan estender escrituras por los escribanos de gobierno.

(Art. 1184, n° 2.) La suma indicada se refiere al producto líquido divisible entre los herederos, porque la división no se hace con relación á la masa total, sino á la cantidad líquida; pero si cada heredero tomase sobre sí la obligación de pagar, lo que les corresponde según su haber, á los acreedores no presentados, se calcularía siempre las deudas reconocidas de la sucesión para fijar el líquido producto de la herencia. Si las deudas fueran condicionales suspensivas, como no se puede decir que existan ó no hasta que no se cumpla la condición, no se estimarán como reales y se tomará el total de la cantidad sin deducirlas. —GOYENA, art. 1003.

(Art. 1184, n° 3.) La prórroga se entiende por tiempo determina-



3º Siendo una condición esencial para la existencia del matrimonio, el acta ante el oficial encargado del registro civil, no se tendrá por válido si ésta no se hubiere levantado.

4º *Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote que pase de mil pesos (art. 1184, n° 4), ó si se constituyeren derechos sobre bienes raíces; pero no habiendo escribanos públicos pueden hacerse ante el Juez del territorio y dos testigos.*

5º *Toda constitución de renta vitalicia (art. 1184, n° 5),*

do, porque el art. 1786 autoriza á continuar la sociedad sin necesidad de un nuevo escrito, y aunque el artículo habla en plural de algunos bienes, se sobreentiende que se aplicará aunque sea uno el bien inmueble aportado á la sociedad, porque la transmisión de ese bien no puede hacerse sino por escritura pública, para que la sociedad pueda disponer de él.—GOYENA, art. 1003, n° 3.

(Art. 1184, n° 4.) Es necesario armonizar esta disposición con la del art. 1223, que autoriza á hacer las convenciones, cuando no hay escribano, ante el juez del territorio y dos testigos. Por juez del territorio se entiende el de primera instancia en lo civil ó el juez de paz, si no existiere aquél. Cuando mediara separación judicial y ésta cesara por mutuo convenio, el marido puede hacer constar por escritura pública los bienes que vuelve á recibir de la mujer, art. 1305. Cuando la esposa trajere bienes inmuebles al matrimonio, no necesitará hacerlo constar en las convenciones, pues bastará el título que la acredita propietaria. Si la constitución de la dote fuera de un inmueble, aunque su valor no exceda de mil pesos, debe hacerse en escritura pública, pues es el único modo de transferirse la propiedad. Goyena, art. 1003, n° 5, agrega: «la carta de pago dotal, que debe comprenderse, cuando pasa la suma de mil pesos».—Véase art. 1241 y su nota.

(Art. 1184, n° 5.) El contrato de renta vitalicia ha sido considerado por algunos escritores como real, porque el art. 2071 dice: no queda concluido sino por la entrega del dinero ó por la tradición de la cosa; pero es consensual, como lo demostramos en el art. 1142, y el número que examinamos está en armonía en cuanto exige la escritura pública. La ley no distingue, y cualquiera que sea el valor del contrato se hará en escritura pública; lo que no importa decir, que si se hubiese celebrado en instrumento privado, no puedan las partes ser obligadas á hacerlo en escritura pública, con excepción del caso del art. 1186.—Véase GOYENA, art. 1003, n° 7.

y las transacciones sobre bienes inmuebles (art. 1148, n° 8).

6° La cesión, repudiación ó renuncia de derechos hereditarios, que importen la suma de mil pesos (art. 1184, n° 6).

(Art. 1184, n° 8.) ¿Se debe considerar como una limitación de lo expuesto en el art. 838, que autoriza á hacer la transacción por escrito ante el juez de la causa? La cuestión es de suma importancia, y me inclino á la opinión contraria. Se trata de bienes que están bajo la mano de la justicia, y sean ó no discutidos los derechos, no se puede disponer de ellos sino con la autorización judicial. La transmisión de los derechos hereditarios viene de la ley y se opera por la partición aprobada judicialmente sin necesidad de escritura de transmisión; la hijuela es el único título, y se considera al heredero como verdadero propietario, pues representa á su causante; en la transacción no se cede ni traspasa derecho alguno, como dice el art. 836, se reconoce los que el propietario se atribuía, de modo que la transacción no sirve ni de título para la prescripción. ¿Por qué se haría en escritura pública si no hay transmisión de derechos? Bastará la renuncia en el expediente, reconociendo lo que antes negaba. Y si se hubiere hecho en escritura pública, se presentará en juicio para que tenga efecto.

La transacción no es un título, es el reconocimiento del título que se atribuye el contendor; la transacción no le da derechos que no hubiere tenido, sólo lo libera de las pretensiones de su contrario. Cuando otra persona por cesión de los herederos, consentida y registrada en el mismo expediente, sucede en los derechos cedidos, no tendrá más títulos que el de la división.—Véase GOYENA, l. c., n° 10.

(Art. 1184, n° 6.) La cesión, repudiación y renuncia, dice Goyena, art. 1003, n° 8; pero el Código usa de las palabras renuncia ó repudiación como sinónimas: así el 3311, dice: aceptarse ó repudiarse (la herencia); el 3313, aceptación ó renuncia; el 3314, acepte ó repudie; el 3315 renuncia; el 3316 aceptar ó repudiar; el 3317 aceptación ó renuncia; el 3318 renuncia; el 3331 aceptado ó repudiado, como el 3334, 3335 y 3345 á 3352 hablan de renuncia. Creo que hay error en el texto del artículo, y debería decir aceptación ó renuncia. Tratándose de una sucesión abierta, la aceptación ó la renuncia se hace generalmente ante el juez de la sucesión, y entonces no necesita de la escritura pública; con tanta más razón cuanto que la aceptación puede ser tácita por actos que la presupongan, art. 3319, y autoriza á hacerla por instrumento privado, y si ha sustraído algún bien de la sucesión se tiene por aceptada, arts. 3331 y 3349.





7° *Los poderes generales ó especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado, ó que deba redactarse en escritura pública (art. 1184, n° 7); así como la cesión de acciones ó de derechos procedentes de actos consignados en escritura pública (art. 1184, n° 9), y los actos accesorios de contratos redactados en escritura pública (art. 1184, n° 10).*

La renuncia puede hacerse en documento privado y es eficaz sólo entre los herederos, art. 3346; pero con relación á los terceros debe hacerse en escritura pública en el domicilio del renunciante ó del difunto, siendo irrevocable el acto, art. 3345; ¿la hecha en cualquier otro lugar no tendría valor para los terceros acreedores de la sucesión? Eso sería dar á la ley un alcance que no tiene; si ha indicado los lugares donde debe hacerse la renuncia, es porque son los más comunes; pero en cualquier parte que la hiciere en escritura pública será válida. La cesión puede hacerse en el mismo expediente, como la aceptación ó la renuncia.

(Art. 1184, n° 7.) Deben exceptuarse los poderes conferidos por decreto de los poderes públicos nacionales ó provinciales que son actos auténticos; así el nombramiento hecho para gestionar tal asunto judicial, basta con la publicación del decreto de su referencia, si es puesto de carácter permanente; ó la presentación de la copia legalizada; si es puesto accidental, bastará la nota del nombramiento.

El poder para contraer matrimonio, debe extenderse en escritura pública. Debe agregarse el caso en que tenga interés un tercero, como lo trae Goyena, porque todo acto que deba traducirse al exterior de la persona misma obligándola con otros, ó en que otros tengan interés, debe constar en escritura pública.—Véase GOYENA, art. 1003, n° 9.

(Art. 1184, n° 9.) Cualquiera que sea el derecho y su importancia pecuniaria, si consta en escritura pública; debe armonizarse con la cesión de créditos, que puede ser hecha por escrito según el art. 1454, y no está sujeta á lo dispuesto en este inciso, aunque los créditos constaren en escritura pública. Por esta misma consideración, aceptamos la cesión bajo la forma privada, de los derechos que provinieran de instrumento público. Las acciones litigiosas, aunque constasen de escritura pública, puede hacerse en acta judicial como lo autoriza el artículo 1455.

(Art. 1184, n° 10.) Goyena, art. 1003, dice: « todos y cualquiera otros actos que sean accesorios, explicatorios, derogatorios ó modifica-

8º *Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon ó alquileres (art. 1184, nº 11).*

tivos de contratos redactados en escritura pública», y debe entenderse, por consiguiente, que los actos accesorios á que se refiere el inciso son, no sólo los que dependen del acto mismo, sino cualquier otro que tenga por objeto modificar, alterar, conservar ó aniquilar derechos reconocidos en escritura pública; así, está comprendido cualquier convenio por el cual se restrinjan, amplíen ó modifiquen las obligaciones contenidas. La ratificación, renuncia ó remisión de esos derechos deben comprenderse, porque si no son contratos son actos jurídicos. No se opone á esta tesis el art. 3193, en que la hipoteca se extingue por la renuncia del acreedor hecha en escritura pública, lo que importa una excepción á la regla de que un acto semejante necesitaría de la aceptación del deudor, mientras la extinción se produciría sin ella, una vez tomada razón en el registro. Sería justo sostener, con relación á las partes, que cualquier modificación ó alteración del acto tiene valor para obligar al que la consintió á reducirla á escritura pública. En este caso se busca la prueba de que el acto ha sido alterado ó extinguido, y si la ley exige la forma de la escritura con relación á los terceros, es porque ella le da un carácter de exterioridad y publicidad que no tienen los actos bajo forma privada, y esa escritura que es á la vez una prueba puede declararse nula por algún vicio, sin que el acto en sí quede nulo, si puede valer como instrumento privado, art. 987.

La falta de la escritura pública, si bien implica una nulidad, no obstante el art. 1185 autoriza á pedir la escrituración. El acto bajo firma privada, tratándose de obligaciones constantes en escritura pública, no produce el efecto de ésta, pero no se considera sin valor alguno; así, la venta de un inmueble hecha en documento privado, no es tal venta: pero es una obligación de hacer una venta; la alteración en instrumento privado de una obligación constante en escritura pública, no es tal, pero constituye una obligación de hacer la escritura.

(Art. 1184, nº 11.) El pago es un acto jurídico que extingue la obligación con la misma fuerza que la remisión ó la renuncia, y en esta parte queda confirmada la teoría sostenida en el inciso anterior. Habría sido impropio y anti-económico no hacer las excepciones de este inciso, porque exigir recibos en escritura pública de pagos de arrendamiento, ó préstamos de dinero consignados en escritura pública, habría sido imposibilitar semejantes contratos.



CAPÍTULO V

DE LA PRUEBA DE LOS CONTRATOS

§ 338.—DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

La forma de los contratos tiene por objeto demostrar de un modo evidente la manifestación de la voluntad, en determinados actos, y si la prueba tiene ese mismo fin, no obstante, es ne-

Los pagos parciales sean autorizados por el contrato, ó sean sólo el resultado de un arreglo posterior, aunque alteran las obligaciones, deben admitirse para facilitar el desarrollo natural del contrato; los intereses y alquileres están en el mismo caso que el canon. Goyena, agrega las palabras: «*de renta y otras anualidades*», que debemos considerar como comprendidas en el inciso, porque no se puede exigir en el contrato de renta vitalicia que en cada mes ó cada anualidad pagada se otorgue una escritura pública, y de la misma manera, cualquier convenio para pagar por mensualidades ó anualidades obligaciones otorgadas en escritura pública.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1184.—El acto de un remate es en sí mismo un contrato perfecto de compra-venta, que, tratándose de bienes inmuebles, no necesita para su legalidad y validez ser extendido en escritura pública. La escritura en este caso sólo importa la autenticación *ex post facto* del remate y no un contrato (art. 1184, Cód. Civ.)—XVII, 325.

NOTA:—No estamos conformes con la doctrina de la Corte y en el comentario exponemos los fundamentos.—(N. del A.)

Probada la convención sobre la venta, el precio y la cosa vendida, el vendedor está obligado á escriturar la venta bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas é intereses.—XXXVII, 159.

Los contratos cuyo objeto es la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, no quedan concluidos como contratos traslativos de dominio, si no están hechos por escritura pública.—XX, 159.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1184, inc. 3º—El contrato de sociedad civil, en que el aporte de uno de los socios consiste en bienes inmuebles, debe ser hecho en escritura pública, bajo pena de nulidad. Siendo hecho en escritura privada, cualquiera de los socios puede separarse cuando le parezca, y el otro





cesario distinguirlas. La forma pertenece á la ley de fondo porque asegura la expresión del consentimiento, mientras la prueba corresponde á la ley de procesamiento porque comprende el

socio sólo tiene derecho á la liquidación de las operaciones sociales hasta el día de la separación y partición consiguiente. Existiendo datos bastantes para apreciar el importe de las ganancias producidas, el tribunal puede hacerlo equitativamente (art. 1184, inc. 3º, y 1663, Cód. Civ. No puede oponerse en contrario la disposición del art. 1662, Cód. Civ., porque sin admitir incongruencia entre este artículo y los anteriormente citados, é incurrir en olvido de los textos que sirven de fuente á unos y otros, no es posible entender esta disposición sino en relación á las sociedades cuyo capital no alcance á mil pesos, ó sea, de aquellas que, ya por no alcanzar á esta suma, ya por no recaer sobre bienes puramente muebles, no se hallen regidas por el art. 1184.)—XXXVII, 50.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1184, inc. 7º—Los poderes *apud acta* están reconocidos por las leyes nacionales y admitidos constantemente en la práctica de la Suprema Corte (art. 1º, inc. 1º, ley de 26 de agosto de 1863; véase acuerdo de la Suprema Corte de 22 de septiembre de 1887, que, aludiendo á esta resolución, dispuso se observara en lo sucesivo la forma de escritura pública prescripta por el art. 1184, inc. 7, Cód. Civ.)—XX, 50.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1184, inc. 9º—Versando una cesión sobre derechos procedentes de actos consignados en escritura pública, debe ella hacerse en la misma forma, bajo pena de nulidad.—XXI, 262.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1184, inc. 10.—Las modificaciones á un contrato hecho en escritura pública y negadas por una de las partes, sólo pueden probarse con otra escritura pública.—XX, 274.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1184.—La enajenación de un inmueble debe hacerse por escritura pública, bajo pena de nulidad.—Jur. Civ., II, 280, Sér. 1º.

Justificada la existencia del mandato verbal, si el acto para el cual se confirió requería bajo pena de nulidad la escritura pública, el mandante debe ser condenado á reducir dicho mandato á instrumento público, bajo pena de ser responsable de los daños y perjuicios que cause su falta de cumplimiento á esta obligación de hacer.—Jur. Civ., VIII, 5, Sér. 3º.

Firmado el boleto en el acto del remate, no basta para exigir el cobro del precio estipulado, sólo da acción para exigir el cumplimiento del contrato de venta, elevándolo á escritura pública.—Jur. Civ., IX, 141.

Reconocida la autenticidad del boleto de compra-venta, procede su reducción á escritura pública.—Jur. Civ., IV, 402, Sér. 4º.

La prueba de la disolución de una sociedad justificada por instrumento público, debe revestir igual carácter.—Jur. Civ., X, 295, Sér. 3º.

No procede la rescisión del contrato de compra-venta constante en un instrumento simple mientras no sea reducido á escritura pública el documento privado.—Jur. Civ., VIII, 320, Sér. 4º.

modo de demostrar los actos y determina el límite de la acción en los juicios. La forma corresponde á la ley sustantiva, la prueba á la adjetiva, por eso dice el (art. 1190): *los contratos se*

(Art. 1190.) Este capítulo se puede considerar como provisional en cuanto á la forma en que debe darse la prueba, sin que pueda alterarse en la esencia misma, ó respecto á la clase de pruebas. Las provincias federadas determinan los casos, forma y clase de prueba para cada contrato, sin introducir otros medios que los consignados en el Código.

Se deben distinguir los hechos simples, ó actos jurídicos, de los contratos, á fin de averiguar la clase de prueba por que pueden demostrarse. Así, el hecho material de la posesión de una cosa; la sustracción de una firma en blanco, art. 1019; la construcción ó plantación, art. 2519; la prueba de la identidad de un individuo; el nacimiento ó muerte de una persona; los actos que constituyen la posesión de estado, son hechos simples que no tienen en vista derecho alguno y que por sí mismo no los engendran ni modifican; esos hechos materiales pueden demostrarse por cualquier género de prueba, y principalmente por la testimonial. Los actos jurídicos, como el reconocimiento de hijos naturales, la emancipación, aceptación ó exoneración de la tutela ó curatela, los testamentos, aceptación ó repudiación de la herencia, etc., tienen su forma determinada, que sirve á la vez de prueba y no puede regirse por la de los contratos que abrazan otro orden de ideas. Los contratos como la especie entran en el género de

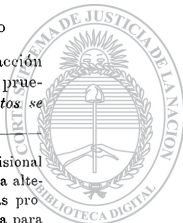
Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1184, nº 1.—La venta de bienes raíces debe ser hecha por escritura pública bajo pena de nulidad.—Jur. Civ., I, 424, Sér. 2°.

Para justificar la existencia de un condominio sobre inmuebles, sólo es admisible la prueba resultante de un instrumento público.—Jur. Civ., II, 180, Sér. 3°.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1184, inc. 9°—La cesión de un crédito hipotecario constituido en escritura pública, debe hacerse en la misma forma.—Jur. Civ., III, 403, Sér. 4°.

La cesión de derechos de un contrato de arrendamiento celebrado por escritura pública, sólo puede justificarse por instrumento público.—Jur. Crim., X, 56, Sér. 1°.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1184, inc. 10.—La prueba de modificaciones á un contrato por escritura pública debe revestir igual forma.—Jur. Civ., VI, 353, Sér. 4°.



prueban por el modo que dispongan los Códigos de procedimientos de las Provincias federadas.

Por instrumentos públicos.

Por instrumentos particulares firmados ó no firmados.

los actos jurídicos, y han debido separarse en lo que se relaciona con su prueba; es porque no se han hecho estas diferencias fundamentales, que se ha encontrado defectuosa la disposición de este artículo, y se ha creído que la parte de prueba de los contratos debía aplicarse á los actos jurídicos, que tienen su forma y su prueba especial y determinada; á esa prueba se refiere la nota 2519 del Dr. Velez Sarsfield, donde explica que la edificación como un hecho puro y simple no puede estar sometida á la prueba de los actos jurídicos. ¿Por qué se aplicaría la prueba de los contratos á los actos jurídicos? Se desvirtuaría la naturaleza original de cada uno de ellos; así, p. e., el reconocimiento de hijos naturales debe ser hecho de una forma determinada, art. 332, y no se prueba sino de esa manera, sin perjuicio de que pueda obtenerse el reconocimiento después de un pleito, donde se admite toda clase de pruebas; la aceptación ó exoneración de la tutela ó curatela y de todos los demás actos jurídicos que quedan determinados, tienen su forma especial. La prueba de los contratos no se debe aplicar á los actos jurídicos.

Los instrumentos públicos son la más segura prueba, y sin embargo, pueden ser atacados como falsos en cuanto á su contenido, ó como nulos respecto de su forma. Los documentos privados reconocidos en juicios tienen el valor de los públicos, aun cuando no estuvieren firmados; pero cuando la forma es exigida como condición esencial, el reconocimiento no bastará para demostrar el acto. Algunos autores, fundándose en la l. 1, tit. 2, lib. 42, Dig. *confessus pro iudicato est*, no admiten que se coloque la confesión judicial entre los medios de prueba. Jaubert, en su discurso al Tribunado, decía: «cuando la verdad de la convención se manifiesta por la confesión de las partes contratantes, debe cesar toda teoría de las pruebas exteriores». La confesión es todo reconocimiento hecho por una persona sobre la verdad de cualquier alegación dirigida contra ella. La confesión debe versar, pues, sobre uno y varios hechos determinados y ser hecha con conocimiento de causa; no se tendrá por confesión el reconocimiento que se ha podido hacer ligeramente en los escritos presentados al tribunal, y sólo servirán de argumento para formar la convicción del juez. El reconocimiento no es la confesión misma, cuando no



Por confesión de partes, judicial ó extrajudicial.

Por juramento judicial.

Por presunciones legales ó judiciales.

Por testigos.



se trata del hecho y de las causas que engendran la obligación; así el reconocimiento de la firma puesta en un documento autoriza la vía ejecutiva, pero no importa una confesión de la verdad de la obligación, que puede ser contestada.

La confesión es simple, cuando se hace sin modificación ni adición; es compuesta si se le hace seguir de otros hechos que alteran ó destruyan sus consecuencias; y de ahí la cuestión sobre la divisibilidad ó indivisibilidad de la confesión. Es divisible, cuando los hechos de que se compone no tienen una liación íntima de modo que no forman uno sólo, sino que el uno depende del otro; como, p. e., si reconoce deberme mil pesos y agrega que me los pagó; el pago debe demostrarse porque es un hecho independiente del préstamo. Es indivisible, por el contrario, cuando los dos hechos forman uno sólo, como en el caso del que cobra un documento que expresa valor recibido, y confiesa que no ha entregado la cantidad, pero que proviene de otra causa legítima, como venta de mercaderías ú otra semejante, ó el que confiesa haber debido una suma (sin documento) y agrega que la ha pagado. La confesión no puede retractarse, á menos de haberse hecho por error, fuerza, miedo ó cualquiera otra causa, que vicia la expresión de la voluntad.

La confesión judicial puede hacerse por apoderado, en la audiencia misma ó en los interrogatorios, pero debe ser hecha por persona capaz. La confesión extrajudicial debe constar por escrito para tomarse en cuenta; no se puede probar por testigos si la cantidad pasa de 200 pesos. Si se admitiera la prueba testimonial en la confesión extrajudicial, la prohibición de la ley sería ilusoria.

El juramento judicial es lo que antiguamente se llamaba juramento decisorio, porque decidía y concluía el pleito; en realidad no es una prueba ni debía considerarse entre los medios de demostrar un hecho. No es una demostración, es una manera de decidir una controversia sobre lo que no hay prueba; hay se puede decir entre las partes una especie de transacción, en que la una se somete á lo que jure la otra y se compromete á renunciar á sus pretensiones si el hecho es negado; ó el juramento del art. 461 y otras semejantes.

Las presunciones legales, que el Cód. Francés equipara á las judi-

La ley, para asegurar eficazmente la expresión de la voluntad, exige que ciertos contratos tengan una forma determinada, entonces *no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescrita (art. 1191, 1ª parte)*; lo que no importa decir que

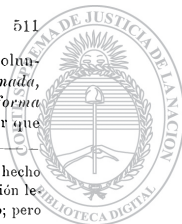
ciales, art. 1349, «son las consecuencias que la ley saca de un hecho conocido para aplicarlas á un hecho desconocido». Toda presunción legal releva de la prueba á aquel en cuyo favor se ha establecido; pero debe demostrar el hecho sobre que se apoya la presunción. Las presunciones son susceptibles de ser combatidas por una prueba contraria, á menos que la ley misma haya denegado este recurso; en ese caso son absolutas ó *juris et de jure*, las otras son relativas ó *de jure*. Entre las presunciones simples y las absolutas, dicen Aubry y Rau, (§ 750, texto ult. par.) «se encuentran algunas de especie intermedia, en que la ley sin rechazar la prueba contraria de una manera absoluta, no la admite sino en casos determinados, ó no permite hacerlo sino por la ayuda de medios particulares; como la presunción de legitimidad del hijo nacido dentro del matrimonio, como la presunción de propiedad en favor del poseedor de una cosa mueble». Véase arts. 245, 246, 1224 y 1271.

Las presunciones judiciales son las consecuencias que el juez saca de los hechos conocidos para llegar al conocimiento de los desconocidos, y sólo pueden establecerse en los Códigos de procedimientos que dicten las provincias.—Comp. AUBRY y RAU, l. c., MARCADÉ, al art. 1356. LAROMBIÈRE, V, al art. 1356.

(Art. 1191.) Este artículo ha dado lugar á muchas críticas por su redacción oscura y confusa, pero se aclara ordenándolo en sus diversas partes, y dándoles su debida colocación. Procedamos separándolas: la 1ª parte es el art. 1938 de Freitas y contiene esta verdad: «los contratos para los cuales la ley hubiere decretado una forma ó solemnidad privativa, no se juzgarán probados, si esa forma ó solemnidad no hubiere sido observada». Aquí no se confunde la forma con

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1190.—L. 8, Tit. 14, Part. 3ª. En el Tit. 11 de la misma Partida se admite el juramento. Tít. 3, 4 y 5, Lib. 22, Dig., y el 2, Lib. 12, id.—Cód. Francés, art. 1316—Holandés, 1903.

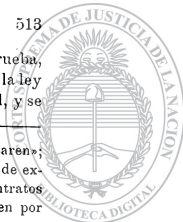
Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1190.—Es procedente la prueba testimonial para justificar el contrato en la parte que pueda afectar á los menores, siempre que exista la confesión y reconocimiento de los herederos mayores manifestada en juicio.—Jur. Civ., VIII, 371. Sér. 1ª.





no produzcan otras acciones, pues como contratos innominados pueden obligarse las partes á hacerlos en la forma determinada por la ley; pero el principio general contenido en la 1ª parte de este artículo tiene las siguientes excepciones: 1º, *cuando hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley*; 2º, *cuando hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados*; 3º, *cuando la cuestión versase sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación ó falsedad de los instrumentos de donde constase*; 4º, *cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase á cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba designados (art. 1191, 2ª parte).*

la prueba, porque se exiga que esta se limite á la forma en que el contrato debió hacerse. La forma es el conjunto de solemnidades que deben llenarse para la formación del acto ¿y qué más razonable la exigencia de probar ese contrato exhibiendo la escritura? Si la ley ordenó hacerlo en escritura pública y no estuviere suscrita por los testigos, la escritura sería nula, pero el contrato existiría, produciendo su efecto cuando se extendiera una escritura pública ó en una válida. Se ha confundido la nulidad de la forma con el contrato mismo de que es su exteriorización. Decir que no se puede demandar la propiedad raíz con un documento de venta privada, es afirmar una verdad reconocida por todos, lo mismo que afirmar que no basta la voluntad de las partes para darle fuerza de instrumento público; pero ambas proposiciones no tocan el fondo, ni niegan que el hecho ha tenido lugar. Viene en seguida la excepción que debemos explicar. Freitas, arts. 1939 á 1941 habla de los contratos que deben hacerse en escritura pública, y de los que pueden ser hechos por escrito, exigiendo se llenen esas condiciones bajo pena de no admitir otra clase de prueba, y agrega en el 1942: «fuera de los casos de los artículos antecedentes, serán admitidas las pruebas indicadas en el art. 1937, cualquiera que sea el valor de los contratos en los casos siguientes: 1º, cuando hubiese imposibilidad de obtener la prueba escrita del contrato ó hubiese imposibilidad de presentarla; 2º, habiendo comienzo de prueba por escrito; 3º, cuando una de las partes recibiere de la otra alguna cosa ó prestación y se negare á cumplir la obligación; 4º, cuando la cuestión versase sobre los vicios de los contratos, á saber: error, dolo, violencia, fraude, si-



Como uno de los casos en que se admite toda clase de prueba, es cuando hubiere imposibilidad de obtenerla por escrito, la ley ha tratado de determinar cuándo existe esta imposibilidad, y se

mulación ó falsedad de los instrumentos de donde ellos constaren; reconstruido así el artículo véamos lo que importa esta especie de excepción que en realidad no es tal. El principio es este: los contratos que deben hacerse por escrito ó en escritura pública no se tienen por probados si no están en la forma prescrita; fuera de esos casos, se admitirá cualquier clase de prueba aun en los contratos que pasen de 200 pesos, en las hipótesis indicadas en el artículo. En este sentido debe entenderse el art. 1193, como lo hace Freitas, debiendo admitirse toda clase de prueba cualquiera que sea el valor del contrato; p. e., el que exige una cosa depositada con ocasión de un incendio puede demostrar el depósito por cualquiera clase de pruebas.

Explicemos las demás partes. «Cuando hay imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley»; esto se entiende de la prueba escrita necesaria para los contratos que exceden de la tasa legal, pues á eso se refiere, y la expresión de pruebas designadas no se aplica á la forma de que habla la primera parte del artículo.

«Cuando alguna de las partes hubiera recibido alguna prestación y se negare á cumplir el contrato»; sin que esto importe una incongruencia con lo dispuesto en el art. 1185, porque allí se trata de actos preparatorios, mientras aquí se refiere á la ejecución del contrato mismo. Si he recibido el precio de la cosa vendida, ¿por qué no se me admitirá demostrar la existencia del contrato que se ha ejecutado en parte? Autorizar la prueba para repetir lo entregado, como si fuera sin causa, es falsear la verdad de los actos realizados.

«Cuando hubiere un principio de prueba por escrito» en los contratos que pueden hacerse por instrumento privado, debe autorizarse cualquier clase de prueba, porque desaparece el peligro de la testimonial, pero siempre debe ser en los contratos que excedieran de la tasa legal, y de ninguna manera para los que requieren una forma particular.

«Cuando la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, etc.» Se ha dicho que el error ó el dolo, no son contratos, en lo que estamos conformes, pero son medios de destruir los contratos, y en este sentido deben figurar en la prueba. Esto responde á una necesidad de método al tratar de los contratos, y así como se establece la manera de demostrar que se han modificado, debe darse los medios para anularlos. Frei-



sirve del ejemplo del depósito necesario, como el más claro y evidente; pero lo extiende á los casos en que accidentes imprevistos la hubiesen hecho imposible; así es que *se juzgará que hay imposibilidad de obtener ó de presentar prueba escrita, en los casos de depósito necesario, ó cuando la obligación hubiese sido contrada por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito (art. 1192, 1ª parte).*

Para los casos en que sólo se admite toda clase de prueba, cuando hubiere principio de prueba por escrito, *se considerará que éste existe* (cuando hubiere), *cualquier documento público ó privado que emane del adversario, de su causante ó de parte interesada en el asunto, ó que tendría interés si viviera, y que haga verosímil el hecho litigioso (art. 1192, 2ª parte).*

tas le da ésta colocación, haciendo una excepción á los principios establecidos sobre la tasa legal, y lo mismo lo consideran Aubry y Rau, Duranton, Toullier, Larombière y otros. Probada la existencia de un contrato hecho por escrito, ¿qué medios tiene el demandado para rechazar la verdad de lo afirmado? Debe únicamente dar una prueba escrita de la falsedad ó del error, etc.? Habría sido una injusticia exigir una prueba escrita donde no es posible obtenerla.—AUBRY y RAU, § 765, letra e apoya esta teoría.

(**Art. 1192.**) La imposibilidad de presentar la prueba escrita se aplicará al depósito necesario y á los demás análogos. La regla es: se admite la prueba testimonial cuando hay imposibilidad de presentar la escrita. Los delitos, cuasi-delitos, contratos y obligaciones que nacen del acto que no ha podido hacerse constar por escrito, están regi-

Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1191.—La simulación alegada por terceros, puede ser declarada en virtud de presunciones, si ellas son graves, precisas y concordantes, sin que requiera prueba por escrito.—Jur. Com., III, 295, Sér. 1ª.

La prueba testimonial no basta para justificar la existencia de un contrato de mayor cuantía aun cuando se trate de bienes muebles.—Jur. Com., VI, 247, Sér. 2ª.

Para declarar la simulación bastan las presunciones que la hagan verosímil.—Jur. Com., V, 130, Sér. 1ª.

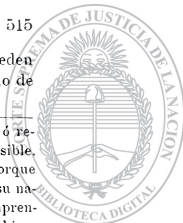
Son circunstancias que hacen presumir la simulación, la falta de tradición real y efectiva del inmueble, el anticipo del precio y la amistad íntima entre vendedor y comprador.—Jur. Civ., VIII, 523, Sér. 1ª.

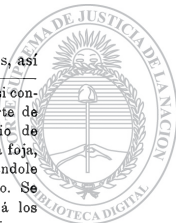
El contrato de depósito voluntario puede justificarse por testigos, si existe un principio de prueba escrita.—Jur. Civ., I, 304, Sér. 3ª.

Los contratos que no tuvieran una forma especial, pueden hacerse de cualquier modo; pero no se probarán por medio de testigos cuando su valor excediere de doscientos pesos.

dos por esta regla. Sea la imposibilidad física ó moral, absoluta ó relativa, bastará que la prueba escrita del acto no haya sido posible, para autorizar la excepción. Será, pues, cuestión de hecho: porque las obligaciones contraídas por caso de *accidentes*, escapan por su naturaleza misma á toda clase de análisis y enumeración. Está comprendida en la excepción la gestión de negocios ajenos, cuando hubiere sido imposible la prueba escrita de parte del dueño. Los incidentes imprevistos es una expresión tomada de Freitas, art. 1943, y comprende las obligaciones contraídas por accidentes siguiendo la locución del Cód. Francés, art. 1348, y la de todos los autores. ¿Entra en la categoría de accidentes imprevistos la pérdida del título por caso fortuito ó fuerza mayor? En la generalidad de los términos del artículo no, pues sólo comprende los casos en que ha sido imposible hacer constar el acto, y del caso propuesto resulta que se hizo el escrito, y no existe. Sólo en la hipótesis de existir un principio de prueba por escrito puede admitirse la testimonial: de otro modo se burlaría la disposición que ordena la forma escrita para los contratos que excedan de la tasa legal; pues se podría demostrar por testigos que el contrato fué hecho por escrito, probando el contrato mismo y falseando el mandato legal.

La segunda parte ha sido reformada, aclarando la disposición incompleta que contenía la antigua redacción al decir: «Habrá principio de prueba por escrito cuando se presentare algún documento por el demandado que haga verosímil el hecho litigioso.» Freitas, art. 1945, dice: «cuando se presentare algún documento *escrito por el demandado*, ó por su representante, y que haga verosímil el hecho litigioso.» La reforma con mejor criterio, siguiendo á Aubry y Rau, § 764, n° 2, en vez de *documento escrito* ha dicho documento *que emane* del adversario, etc., extendiendo así la significación de la palabra escrito, no sólo al demandado ó su representante, sino á todo el que tuviera interés en el asunto. Dos condiciones son necesarias para que el escrito se considere emanado del adversario: 1ª, que sea escrito por él, su causante, representante, etc., aunque no se encuentre firmado; 2ª, que se encuentre firmado, aunque no hubiere sido escrito; pero los actos públicos que no están firmados por imposibilidad, servirán de prueba si estuvieron firmados á su ruego. Se tendría como principio de prueba por escrito, cuando se tratase del abuso de una firma dada en blanco, lo escrito por aquel que ha abusado; así como la escritura hecha por





En este capítulo se trata de la prueba de los contratos, así

un tercero que no hubiere sido firmada por el otro contratante, si contuviera algo en contra del firmante. Se ha decidido por la Corte de París, 27 de Marzo de 1841, que se consideraba como principio de prueba, un documento rubricado por el interesado en su primera foja, donde apenas había puesto la primera letra de su nombre, habiéndole sorprendido la muerte. Por eso decimos, son cuestiones de hecho. Se considerará como principio de prueba por escrito las respuestas á los interrogatorios hechos en juicio, los reconocimientos, declaraciones, ya sea en causa propia ó como testigo en cualquier asunto ante los tribunales, etc.

Otra de las condiciones es que el principio de prueba haga verosímil el hecho litigioso. La verosimilitud es la apariencia de la verdad, y queda al criterio del magistrado el deducirla, según los principios de una sana crítica jurídica; son deducciones lógicas que partiendo de hechos conocidos sirven para fijar la verdad buscada. No se pueden establecer reglas fijas para apreciar cuándo el hecho alegado es verosímil y cuándo no lo es. Se debe distinguir si se trata de actos definitivamente concluidos ó de aquellos que han quedado inacabados; p. e., un contrato concluido bajo firma privada de que no se hizo sino un ejemplar ó de ese mismo acto que no ha sido firmado por todos los interesados que intervinieron en él. En el primer caso, el acto está concluido y puede demostrarse por testigos que lo fué de una manera definitiva como lo autoriza el art. 1023; en el segundo, se tomará como un simple proyecto que no ha tenido efecto si no lo firmaron los interesados, pero siempre quedará al criterio del magistrado el deducir de los hechos la verosimilitud exigida por la ley, que no debe ser una suposición ó una conjetura, sino una apariencia seria de la verdad. Así, el ofrecimiento de vender una cosa por tal precio, hará verosímil la compra alegada; la promesa escrita de pagar una suma por tales cosas á entregar, autoriza á probar por testigos que se entregaron esas cosas.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1192.—Un boleto de compra-venta, no firmado por el demandado, no tiene contra éste eficacia alguna, ni la de un principio de prueba por escrito, para hacer admisible la de testigos.—LII, 390.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1192.—Las cartas reconocidas como auténticas constituyen el principio de prueba escrita que la ley exige para hacer procedente la testimonial en contratos cuyo valor excede de 200 pesos moneda nacional.—Jur. Civ., V, 201, Sér. 2ª.



cuando el (art. 1193) dice: *los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de doscientos pesos, deben hacerse por escrito*

(Art. 1193.) Para dar su verdadero alcance á esta disposición es necesario hacer un resumen de los principios expuestos: 1º, los contratos que tienen una forma determinada no se probarán sino en la forma prescrita; 2º, los que pueden hacerse por documento privado, se probarán de cualquier modo, si hubiere un principio de prueba por escrito, ó hubiese imposibilidad de presentar la prueba designada por la ley; esto se refiere á los que excedan de la tasa legal; 3º, se admite la prueba testimonial en los contratos que pueden hacerse por documento privado, aunque no haya principio de prueba escrita, cuando una de las partes hubiere recibido alguna prestación y se negase á cumplir el contrato; 4º, se admite la prueba testimonial, cuando el contrato fuera atacado por adolecer de los vicios de error, dolo, fraude, violencia, simulación ó falsedad.

Se trata en este artículo de «la prueba» y no de «la forma», no sólo por su colocación en el capítulo de la prueba, sino porque la «escritura» en este caso está colocada como un medio de prueba, desde que excluye la testimonial. Esa es la manera con que se expresa el art. 1341 del Cód. Francés, bajo el epígrafe: «De la prueba testimonial.» Considerándolo bajo este aspecto, como lo hacen todos los comentaristas, véamos cuál es su alcance y las consecuencias que de él se desprenden.

El contrato puede ser verbal y probarse por la confesión judicial

Para que el principio de prueba escrita haga procedente la testimonial, los documentos ó papeles acompañados deben proceder del adversario.—Jur. Com., III, 294 y 329, Sér. 4º, Jur. Civ., XIII, 344, Sér. 4º.

La prueba testimonial sólo es pertinente, si existe principio de prueba escrita procedente del que se pretende obligado.—Jur. Com., I, 401, Sér. 4º.

Aun cuando el crédito sea de mayor cuantía, procede la prueba testimonial si es formado por partida de menor cuantía.—Jur. Civ., XIII, 382, Sér. 4º.

Para que proceda la prueba testimonial sobre modificaciones á un proyecto de contrato, el principio de prueba escrita debe referirse terminantemente á las modificaciones: no basta el proyecto para hacerla procedente.—Jur. Civ., III, 302, Sér. 3º.

Aun cuando no se requiera que el principio de prueba por escrito se refiera directamente al contrato, es necesario que de sus términos resulte verosímil su existencia, para que proceda la prueba testimonial.—Jur. Civ., VI, 415, Sér. 3º.

Para que el principio de prueba escrita haga procedente la testimonial, debe referirse especialmente al contrato, sin que por sus términos pueda aplicarse á otro distinto.—Jur. Civ., X, 120, Sér. 5º.



y no pueden ser probados por testigos, no implica la obligación ineludible de hacerlos en la forma escrita, porque estaría en co-

ó extrajudicial escrita, porque tratándose de la prueba sólo se excluye la testimonial. La suma de 200 pesos es la tasa legal; si la suma no estuviera determinada y consistiera en cosa, ¿debe fijarse previamente su valor antes de autorizar un juicio? No, los interesados podrían tratar juntas ambas cuestiones, sujetándose á las leyes de procedimientos. El valor del contrato debe estimarse por la cosa misma de que es objeto y no por sus consecuencias; así, una sociedad cuyo capital no exceda de 200 pesos podrá probarse por testigos, aunque de las ganancias obtenidas debiera percibir mil; se toma el contrato en el momento de su formación para establecer la tasa legal.

Así como se rechaza la prueba testimonial para demostrar la existencia del contrato, no debe admitirse para reformarlo, alterarlo, innovarlo ó extinguirlo; lo que está escrito no puede sufrir modificación, sino por otro documento posterior. Es lo que sucede en los instrumentos públicos, en que el oficial público y los testigos no pueden contradecir lo afirmado en él.

Se ha debatido la cuestión de si la prueba testimonial es admisible para demostrar la extinción de una obligación. Duranton, Delvincourt, Marcadé y Zachariæ se han decidido por la afirmativa; pero Merlin, Favard y Larombière han sostenido lo contrario, en lo que se relaciona con los pagos que no excedan de la tasa legal. El Emperador Justiniano había estatuido en este sentido, prohibiendo la prueba testimonial en los pagos de una acreencia que constara por escrito; y la jurisprudencia francesa ha dado la razón á los que niegan la prueba testimonial. Si se prohíbe la prueba de testigos para demostrar que el contrato se ha modificado, ¿por qué se admitiría esta prueba cuando el documento dice que debo mil, y afirmo que sólo debo quinientos por haber pagado lo demás? El resultado es el mismo, una modificación de lo escrito, y con más razón debería rechazarse cuando afirmo haber pagado el todo y que nada debo; esto equivale á ofrecer la prueba de que posteriormente se ha dejado sin efecto el contrato. La cuestión tiene poca importancia, pues están constestes todos los autores que no debe admitirse la prueba testimonial del pago ó remisión si el contrato excede de la tasa legal. La prueba testimonial se admitirá cuando se tratare de demostrar ciertos hechos que expliquen mejor la voluntad de las partes y sirven para interpretarla.

La confesión extrajudicial admisible es la hecha por escrito, como lo explicamos en la nota al art. 1190, excluyendo la verbal. ¿Hay in-

lisión con el 1188, que autoriza á hacer verbalmente aun los que deban otorgarse por escritura pública, al efecto de obligar

congruencia entre esta disposición y la del art. 1188? No lo creo, el presente habla de la prueba y aquel de la forma. No exige la forma escrita, sino la prueba escrita, y podrá hacerse verbalmente y probarse por la confesión judicial ó extrajudicial ó por presunciones legales. El contrato real del comodato forma con razón una excepción á los principios de este artículo, y puede probarse por testigos.

Se ha debatido entre los jurisconsultos la cuestión, á saber: si la prueba testimonial podía ser admitida cuando el demandado no la rechazara ó la admitiera expresamente; grandes autoridades han sostenido la afirmativa, negándolo otros, entre los que se cuentan Merlin. Para mí, la cuestión está resuelta por la negativa, porque la ley prohíbe la prueba testimonial, y todo acto prohibido es de ningún efecto si se realiza, art. 18. El juez no debe admitirla, á menos de haber un principio de prueba por escrito. La prohibición forma una ley de orden público que los particulares no pueden alterar.

La modificación posterior acordada verbalmente no podrá probarse por testigos, ya se refieran al plazo ó á la manera de cumplir el contrato, pues la modificación importaría uno nuevo, aunque no lo variase esencialmente y admitiese su reconocimiento. Si permitimos que pueda modificarse en cláusulas que no son esenciales, no habría razón para rechazar la misma prueba testimonial, cuando lo fueran. Así, un contrato para entregar una suma de dinero dentro de seis meses, si pudiera modificarse por la prueba testimonial en el plazo, para elevarlo á un año, no habría razón para rechazarla tratándose de cinco, diez ó veinte años, dejándolo así casi sin efecto. En cuanto al derecho de alegar la existencia del contrato no escrito, no debe extenderse sino á los contratantes, excluyendo á los terceros, que no han intervenido; sólo en casos especiales como el del art. 1665, tratando con la sociedad, pueden demostrar su existencia.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1193.—El Cód. Francés, art. 1341, dispone lo mismo cuando la cantidad pasa de ciento cincuenta francos.—El Italiano, 1341, de quinientas liras.—El de Holanda, art. 1933, de trescientos florines.—El de Nápoles, art. 1295, de cincuenta ducados.—El de Vaud, art. 995, de ochocientos francos.—El de Prusia, art. 131, Tit. 5, Part. 1ª, de ciento cincuenta pesos.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1193.—El dicho de una de las partes no basta para establecer la existencia de un contrato en relación á ter-



á las partes para extenderlos en esa forma. Y la agregación última de: no pueden probarse por testigos, indica claramente que se refiere á la prueba, y que pueden serlo por confesión, juramento ó presunciones legales.

En cuanto á las alteraciones ó modificaciones que un con-

ceros, sobre todo cuando la forma escrita esté expresamente determinada.—XXIV, 534.

El mandato cuya retribución se alega ser mayor de 200 \$ fts. debe ser probado por prueba escrita.—XVIII, 265.

En los contratos de mayor cuantía, la prueba de testigos no puede justificar su existencia, XXI, 30.

En los contratos de mayor cuantía no puede probarse por testigos la existencia de una condición no mencionada en el documento que lo acredita.—XXXVIII, 138.

El convenio por el cual se alega que la suma ha sido traspasada á favor de un tercero, no puede ser probado por testigos, si dicha suma excede de 200 pesos.—LI, 33.

Los contratos cuyo valor excede de 200 pesos no pueden ser justificados por la prueba testimonial, si no existe un principio de prueba por escrito.—XI, 120 y XVI, 359.

Es inadmisile la prueba testimonial producida para demostrar la modificación de un contrato escrito, cuyo valor exceda de 200 pesos.—XLIII, 198.

Debe probarse por escrito el contrato de locación por cinco años y 300 pesos al mes.—XLVIII, 217.

Se admite la prueba testimonial en asuntos menores de 200 pesos fuertes.—XIII, 26 y 76.

Fallos de la Crim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1193.—En los muebles cuyo valor pase de 200 pesos fuertes, la propiedad sin posesión debe ser probada por escrito.—Jur. Com., III, 493, Sér. 1ª.

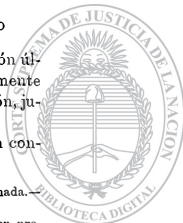
La prueba de testigos sólo es admisible en contratos cuyo valor no excede de 200 pesos.—Jur. Com., IV, 601, Sér. 1ª.

La prueba testimonial es improcedente para justificar la existencia de una promesa de contrato verbal por mayor valor del que fija la ley.—Jur. Com., V, 387, Sér. 3ª.

El contrato hecho en escritura pública, para probar las modificaciones ó interpretaciones se requiere prueba escrita. la testimonial no es bastante.—Jur. Civ., IX, 116, Sér. 1ª.

La liquidación de una sociedad cuyo capital pase de 200 pesos. sólo puede justificarse por testigos si existe un principio de prueba por escrito.—Jur. Com., V, 502, Sér. 1ª.

La prueba testimonial es improcedente para justificar un crédito mayor de 200 nacionales, si no existe un principio de prueba por escrito, no pudiendo conceptuarse tal el reconocimiento expreso de algunos herederos que sólo afecta sus derechos en la parte que les corresponda en la sucesión.—Jur. Civ., I, 357, Sér. 5ª.



trato puede sufrir, se debe tener presente la regla del (art. 1194) que dice: *el instrumento privado que alterase lo que se hubiere convenido en un instrumento público, no producirá efecto contra tercero, á menos de estar anotado en el original por el que hubiere obrado el tercero. El conocimiento particular que tuviera el tercero, no podría invocarse en su contra.*

(Art. 1194.) Aunque el documento privado hubiera adquirido fecha cierta, no producirá efecto contra tercero. Freitas, art. 1951, siguiendo á los autores franceses, dice: «el documento privado que altera lo convenido en un instrumento público ó privado, no producirá efecto contra terceros», y así debemos entenderlo, cuando el tercero ignora-se dicha modificación.

Se trata aquí de los contra-documentos de que hablamos en el art. 996, y su nota. Los autores van más lejos aun, al suponer que los contra-documentos auténticos no perjudican á los terceros, pues como dicen Aubry y Rau, (§ 756, *bis*, nota 10), «los actos auténticos no llevan, por razón de su forma, la presunción de que los terceros que no han figurado en ellos tengan conocimiento del contra-documento», y de esta opinión participan Merlin, Toullier, Zachariæ, Demolombe y Bonnier, y es la que nuestro Código ha consagrado terminantemente en el art. 996, dejando sin efecto contra terceros el contra-instrumento público que no hubiera sido anotado en la matriz ó en el original; pero tiene siempre efecto entre las partes y sus sucesores universales.



CAPÍTULO VI

DEL EFECTO DE LOS CONTRATOS

§ 339.—A QUIÉNES OBLIGAN LOS CONTRATOS

El primer y principal efecto de los contratos es ligar á los contratantes y á sus sucesores universales ó herederos que hubieren aceptado la herencia, salvo las cláusulas especiales que establecieren lo contrario, por eso dice el (art. 1195, 1ª parte): *los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente á los herederos y sucesores universales, á no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes á la persona, ó que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, ó de su naturaleza misma.*

Las obligaciones y derechos inherentes á la persona son aquellos que acompañan á la persona misma, como una modalidad de su ser moral, y que por su naturaleza están destinados á extinguirse con ella, ó porque la ley los hubiese declarado intransmisibles.

Cuando se dice que *los contratos no pueden perjudicar á terceros* (art. 1195, 2ª parte), se quiere expresar que nadie pue-

(Art. 1195.) El principio general es que el efecto de los contratos se extiende á los herederos, y cuando se dice activa y pasivamente, se comprende los derechos y obligaciones que nacen de ellos. Una obligación es activa por los derechos que engendra, pasiva por los deberes que comprende; así lo usa Freitas y demás autores. Las excepciones son, cuando los derechos y obligaciones fueren inherentes á la persona, ó cuando se conviniere lo contrario en el contrato.

Son inherentes á la persona, cuando por la ley se declarase que no son transmisibles á los herederos, como en el caso del art. 1396, donde el derecho adquirido por el pacto de preferencia no pasa á los herederos del vendedor; el derecho de la tutela, la patria potestad, el poder marital y otros semejantes que se extingan con la persona misma. La obligación puede ser inherente á la persona por la naturaleza del contrato, cuando se ofrecieren hechos personales que sólo el obligado puede prestar, como el de un pintor que contrata un cuadro, el de un





de ser obligado por el hecho de otro contra su voluntad; pero si hubiera aceptado la estipulación hecha en su favor, deja de ser un tercero extraño, y puede exigir su cumplimiento ó ser obligado á ejecutar la parte que le corresponda en el contrato.

escritor que se obliga á producir una obra dada; estas obligaciones no pasan á los herederos.—Véase arts. 498, 1196, 1445, 1885, 2083, 3265, 3417 y 3981.

Del contexto del artículo parece deducirse que hay cuatro casos en que los derechos y obligaciones no se transmiten á los herederos; pero en realidad sólo hay dos, que por su división se convierten en tres. Esto resulta de la incorrecta redacción del artículo, pues teniendo presente el modelo, Freitas, art. 1956, se nota inmediatamente el defecto. Cuando se conviniere que los derechos no se transmitirán á los herederos, debe prevalecer la voluntad de los contratantes, que pueden pactar para sí excluyendo á sus sucesores, sin contrariar las leyes de orden público. Puede igualmente pactarse que en caso de fallecimiento sólo se transmitirán los derechos á un heredero determinado ó á varios, excluyendo á los otros, salvando su legítima forzosa; aun que algunos autores piensan que sólo pueden hacerse en forma de donación ó testamento.

Freitas, art. 1956, n° 4, agrega el caso en que los derechos se derivan de contratos gratuitos, que se hallen subordinados á una condición suspensiva; porque falleciendo el beneficiado sin haber adquirido el derecho no ha podido transmitirlo á sus herederos, á menos que la condición fuese negativa y el beneficiado hubiera fallecido sin ejecutar el hecho, ó que el disponente declare que es transmisible el beneficio á los herederos, y así debe considerarse por nuestro derecho, porque el beneficio se hace directamente á la persona, y si ésta fallece sin haberlo adquirido, no ha podido transmitirlo. La expresión de que los contratos no pueden perjudicar á terceros, debe entenderse, que lo convenido entre las partes no puede serles opuesto, pues no habiendo intervenido personalmente, ni tenido parte alguna, ni habiendo sido representado por un mandatario ó gestor de negocios, no han adquirido derecho alguno contra ellos. La única excepción que tiene esta regla es en los casos de concordato, y cuando se estipulase algo en su favor en que pueden aceptarlo.—Véase art. 504.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1195.—Cód. Francés, arts. 1122 y 1165.—Aubry y Rau, § 346.

Los contratos no pueden oponerse á terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162 (art. 1199), que confirman la regla del art. 1195.

Como un efecto propio de los contratos y de la transmisibilidad de las obligaciones y derechos que confieren, *los acreedo-*

(Art. 1199.) Los contratos no pueden perjudicar á los terceros, porque para imponer una obligación y crearse un derecho contra una persona es necesario manifestar la voluntad, y como esto no ha tenido lugar, no puede dañarle el acto realizado. Esta regla al parecer tiene excepciones que no son tales: 1º, cuando en el contrato se hubiere estipulado en favor de un tercero, si éste aceptare la estipulación haciéndola saber al obligado antes de ser revocada, art. 504; 2º, cuando se contrata á nombre del tercero sin su autorización y éste ratificase el contrato, art. 1161. Basta observar que el tercero deja de serlo desde el momento que interviene en el acto, y que éste no tiene valor hasta que no haya intervenido, para comprender que ninguno de los casos forman excepción, y sólo sirven para confirmar la regla; la única y verdadera excepción es en el caso de concordato.

En los casos de abuso del mandatario, ignorado por el tercero con quien contrata, el mandante estaría obligado, no como un tercero, sino como mandante que no ha tomado las precauciones necesarias eligiendo un mandatario infiel; así, cuando autorizo á B. para tomar prestados mil pesos, si éste ha tomado de dos individuos mil pesos de cada uno, deberé responder por toda la cantidad, desde que cada prestamista de buena fe no ha podido saber si el mandato estaba cumplido. La misma resolución se dará en los casos de cesación del mandato, cuando el mandatario y el tercero ignoraban ésta; pero no lo obligaría, si el mandato fuera falso.

Cuando se tiene un derecho sujeto á revocación ó resolución, el tercero que viene por estos actos á recobrar la propiedad de la cosa, debe tomarla libre de todo gravamen; pero en los casos de revocación de la donación por causa de ingratitud, tendrá que recibirla con las cargas que el propietario le hubiera impuesto, siempre que sean anteriores á la demanda de revocación. El mismo principio aplicaríamos á las cosas dadas en pago por error, y que el Código ha llevado á consecuencias peligrosas en el art. 787. Como allí se autoriza la reivindicación de poder de terceros adquirentes de buena fe, creo que la cosa debe volver al propietario libre de todo gravamen, pues se reconoce que el adquirente no ha tenido la propiedad.—Comp. art. 1161, Cód.



res (de los contratantes) pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes á su persona (art. 1196), y cuando lo hicieran, responderán en los

FRANCÉS. AUBRY y RAU, § 346, n° 3. DEMOLOMBE, XXV, n° 42. COLMET DE SANTERRE, V, n° 80, *bis* II.

(**Art. 1196.**) Este artículo tiene una redacción incorrecta, porque se ha separado de la regla que debía precederlo y de la que parece una excepción, y que no lo es. La última parte debía ser redactada así: «los contratos no pueden perjudicar á terceros; sin embargo, los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, etc.» Los acreedores no ejercen los derechos de su deudor como terceros extraños al contrato, sino en su nombre y representación; por eso dijimos que no era una excepción. Cuando el deudor por sus actos aumenta ó disminuye su patrimonio, les aprovecha ó les daña. porque se puede decir representa á sus acreedores cuyo caudal maneja. Se comprende desde luego, que en caso de negligencia ó abandono de esos derechos tengan interés directo para intervenir.

Determinemos cuáles son los derechos que se reputan inherentes á la persona y que no pueden ser ejercidos para los acreedores y cuáles pueden serlo. Seguiremos á Aubry y Rau, § 312, n° 2, que condensa muy bien la materia. «La facultad acordada al acreedor, se extiende en general á todos los derechos y acciones del deudor. Es necesario, sin embargo, exceptuar aquellos cuyo ejercicio no presentan un interés pecuniario y actual, y aquellos que provengan de una disposición especial de la ley, ó de una analogía que resulta de una disposición semejante, según el motivo ó el objeto en virtud del que se ha concedido la acción ó el derecho, ó que al menos no pueden ejercerse contra su voluntad por otra persona. Así, se debe considerar que no pueden ser ejercidos por los acreedores: los derechos acorda-

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 1199.—La cesión hecha por un socio de una parte de las utilidades que pueda proporcionarle un negocio determinado, no basta para conceder al tercero cesionario los derechos de socio que aquél tenía: el cedente es el único deudor responsable para con el tercero.—Jur. Civ., II, 350, Sér. 3°.

Si el contrato se estipuló á nombre de uno de los socios, los demás carecen de personería para exigir conjuntamente su cumplimiento.—Jur. Civ., II, 217, Sér. 5°.

El apoderado general del demandado, no puede ser compelido á tomar intervención en un litigio contra su voluntad.—Jur. Com., VI, 271, Sér. 4°.





misimos términos que las personas cuyos derechos ejerzan, por las obligaciones que hubieren contraído.

dos al padre ó á la madre sobre la persona de sus hijos; el derecho de cumplir un mandato legal (en el cual entran la administración de los tutores, curadores y maridos) ó convencional, á menos que sea en el interés del mandatario; las acciones puras y simples de relación de estado; la demanda de anulación de matrimonio, fundada sobre una causa de nulidad relativa; las demandas de divorcio ó separación de bienes, alimentos debidos en virtud de la ley; los derechos de uso y habitación; la acción de revocación de donación por causa de ingratitud, y todas las acciones de daños é intereses provenientes de delitos contra las personas», á las que podemos agregar: la facultad de aceptar una donación, art. 1797; el derecho adquirido por el pacto de preferencia, art. 1396; el de pedir la revocación de la donación por inejecución de los cargos, art. 1852; el de pedir la nulidad de los actos de la mujer en los contratos hechos sin autorización, art. 58, Matr. Civ.

En principio general se debe decir, que los acreedores sólo pueden ejercer aquellos derechos que representen un interés pecuniario, y que ese interés sea actualmente apreciable en dinero, no para el porvenir. No se deben confundir los derechos que no pueden cederse con los que son inherentes á la persona; porque hay derechos cesibles y que no pueden ser ejercidos por los acreedores, como el de los daños y perjuicios por delitos contra la persona.

El estado de familia de una persona es sin duda inherente al individuo mismo, y sin embargo, cuando ese estado se encuentra unido á intereses pecuniarios, los acreedores pueden ejercer las acciones correspondientes, p. e., si hubiere de por medio una petición de herencia.

Continúan Aubry y Rau: «Por el contrario, se deben considerar que pueden ser ejercidos por los acreedores: el derecho de usufructo, las acciones de petición de herencia, aunque se encuentren complicadas con cuestiones de estado; el derecho de pedir la colocación, ó la reducción de liberalidades que ataquen la legítima; el de pedir la exclusión de las personas incapaces ó indignas; las acciones que corresponden al heredero beneficiario en esta calidad; el derecho de provocar la declaración de ausencia ó el envío en posesión; las acciones sobre contestaciones de la legitimidad; las negativas de la paternidad en tanto que ellas competan á los herederos del marido y todas las acciones por daños y perjuicios de delitos contra la propiedad; las acciones sobre nulidades y rescisiones fundadas sobre violencia, error ó dolo de



Uno de los efectos más importantes, es que *las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla á la cual*

que hubiere sido víctima el deudor ó sólo la incapacidad personal de éste último; finalmente los derechos de opción.» El derecho sobre el usufructo legal debe ejercitarse en los términos del art. 292, llenando la carga real. La acción de petición de herencia cuando el individuo que goza del estado guardara silencio ante el desconocimiento de sus co-herederos, puede ser seguido por sus acreedores, porque se trata de intereses pecuniarios unidos á ese estado; pero en cambio los acreedores no pueden demandar un estado de familia que el deudor no tiene, ni se le ha reconocido, porque esa facultad es personal, y sería autorizar un escándalo dando á extraños el derecho de investigar la paternidad ó la filiación de un individuo por el solo hecho de ser deudor. La facultad de pedir la colación está justificada, porque se disminuye el haber que debería recibir, lo mismo que la reducción de las liberalidades que atacan la legítima; pero no tendrían tal derecho, cuando de la división resultara que alcanzaba á pagar la deuda; esta misma observación se aplica á la exclusión del indigno, que no podría hacer, si con lo que corresponde al deudor alcanzaran á cubrir sus créditos. El derecho del heredero beneficiario, que no ha confundido su patrimonio con el de su causante, y que, sin embargo, se deja ejecutar en sus propios bienes por los acreedores de la sucesión, perjudicando á sus propios acreedores, puede ser ejercido por éstos en su beneficio; y en general pueden deducir todas las acciones que tienden á aumentar el patrimonio del deudor, siempre que no alcance á cubrir las acreencias, como en el caso de los arts. 2096 y 2154. Téngase presente que esos derechos desaparecen desde el momento que los acreedores se encuentran garantidos, y su intervención sólo tiene por objeto asegurar el completo pago de sus créditos.

Las condiciones y efectos de la acción de los acreedores, así como la manera de ejercerla, se rigen por las reglas siguientes: «El acreedor (dicen Aubry y Rau, § 312, n° 1), no puede estorbar al deudor en el ejercicio de sus derechos y acciones y no está autorizado á obrar sino en tanto que éste descuide ó rehuse hacerlo él mismo. En este caso el acreedor queda sometido á todas las excepciones que podrían oponerse al deudor mismo, con tal que proceda de una causa anterior. Aunque los acreedores no son admitidos á ejercer su acción sino á nombre del deudor, esta facultad constituye un derecho que les es propio y no necesitan del concurso del deudor ni de la autorización judicial, cuando su objeto es únicamente conservar el patrimonio que forma su garan-



deben someterse como á la ley misma (art. 1197), siempre que no sean contrarios á las leyes de orden público que los particulares no pueden alterar en sus convenciones.

tía, de prevenir una prescripción ó cualquier otra pérdida que podría sufrir por la inacción del deudor. En esta hipótesis no es necesario que su acreencia sea exigible. Pero cuando el acreedor no obra con el único objeto de prevenir la disminución del patrimonio del deudor, sino de impedirle el ejercicio y la disposición del derecho ó de la acción que él ejerce y asegurarse el beneficio, no puede llegar á ese resultado sino por medio de una subrogación judicial demandada en su contra. Y no está autorizado á demandarla, sino cuando su acreencia es exigible y hasta la concurrencia de su monto. Aunque subrogado en los derechos y acciones de su deudor, el acreedor no puede ejercerlos sino en el lugar de este último. No obstante, la subrogación judicial obtenida ó aun la denuncia de la demanda de subrogación, quita al tercero notificado la facultad de pagar al deudor, y á éste la facultad de disponer de los derechos y acciones que sean el objeto de la subrogación. »

En una materia tan difícil, he preferido hacer estas transcripciones contra mi costumbre, porque condensan toda la doctrina. La acción que concede este artículo no debe confundirse con la del art. 961.—Comp. DEMOLOMBE, XXV, n° 51 y sig., que explica cada uno de los casos. COLMET DE SANTERRE, V, n° 81, *bis* III y sig. MARCADÉ, al art. 1166. MERLIN, *Questions*, V°, Hipoteca, § 4, n° 6. TOULLIER, VII, n° 566. LAROMBIERE, I, al art. 1166, y nuestros arts. 1386, 1391, 1397, 2305, 2591, 3351, 3452, 3483, 3963.

(**Art. 1197.**) Los contratantes forman la ley en sus convenciones; siempre que obren dentro de lo que no está expresamente prohibido, tienen absoluta libertad para reglar sus relaciones de derecho. La obli-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1196.—Cód. Francés, art. 1166.—Marcadé sobre este artículo trata esta materia perfectamente y resuelve todas las dificultades que parece presentar.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1196.—El acreedor que obtiene el embargo de un crédito perteneciente á su deudor, tiene derecho de practicar por sí mismo las gestiones conducentes á hacerlo efectivo, siempre que el titular de él las abandone ó descuide.—LX, 41.

Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1196.—El acreedor no puede ejercitar los derechos de su deudor contra terceros, sin previa subrogación legal, judicial ó convencional.—Jur. Civ., III, 493, Sér. 1ª.



§ 340.—DE LO QUE COMPRENDEN LOS CONTRATOS

Siendo la voluntad de las partes la ley de los contratantes, debe tratarse de interpretar esa voluntad, conforme á la inten-

gación que engendra todo contrato es preexistente á la ley civil, porque ella ha nacido, por decirlo así, de una ley especial, que la voluntad de los contratantes ha formado. Que el hombre pueda reglar sus relaciones jurídicas, sin intervención de una voluntad extraña, es una de las más grandes facultades que puede ejercer como ser libre y consciente. Todo contrato produce necesariamente obligaciones y derechos; porque ambos términos son correlativos y no pueden existir el uno sin el otro; allí donde hay un obligado, se encuentra uno ó varios que poseen el derecho, y mientras éste dura se conserva la acción destinada á darle vida y movimiento. A cada derecho corresponde una acción destinada á hacerlo declarar y reconocer, y así como no se concibe la obligación civil sin el derecho, éste no existe sin la acción que lo completa.—Comp. art. 1134, Cód. FRANCÉS.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1197.—L. L. 6, Tít. 5 y 1, Tít. 11, Part. 5ª.—Cód. Francés, art. 1134.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1197.—La regla del art. 1197, Cód. Civil, de qué los contratos tienen para las partes la fuerza de ley, es aplicable tanto á los contratos nominados como á los innominados.—LV, 178.

El demandado personalmente por cobro de trabajos, que reconoce haber mandado hacer, sin haber probado que los mandó hacer en nombre de otro, debe ser condenado al pago del valor de las partidas que no han sido contestadas, y cuyo precio se ha probado no ser exagerado.—LIV, 532.

Las convenciones hechas en los contratos, forman para las partes una regla á la cual deben someterse.—X, 245.

En el contrato de locación no puede exigirse el pago del arriendo antes de plazo estipulado.—XXI, 241.

La obligación contraída en 4 de noviembre de 1884 en moneda de oro sellado del valor actual con exclusión de billetes de curso forzoso ú otra clase de moneda, no puede ser pagada con billetes de curso legal por su valor nominal.—XXXI, 133.

La venta de bienes ordenada por el Banco Hipotecario de la Provincia de Buenos Aires á consecuencia de la inexecución de las obligaciones del deudor, puede hacerse legalmente cargando el comprador con la hipoteca por el capital adeudado según su valor nominal, y abonando del precio ofrecido el importe de los servicios atrasados con los demás que exceda de dicho capital.—LI, 62.

No corresponde á los tribunales federales de la República conocer de reclamos sobre falta de mercaderías transportadas, cuando en el conocimiento se ha



ción y el objeto que hubieren tenido en mira al celebrarlo, porque *los contratos obligan, no sólo á lo que esté formalmente expresado en ellos, sino á todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas (art. 1198)*; sea que la ley las haya previsto, como la evic-

(**Art. 1198.**) Los contratos deben ser ejecutados y entendidos de buena fe; por consiguiente, se comenzará por respetar y aplicar lo que aparezca claramente estipulado en ellos, interpretando la voluntad de las partes. Los contratantes no prevén muchas veces las consecuencias de los actos que realizan, entonces la ley suple ese silencio con su mandato. Se debe, pues, averiguar si las partes han derogado el derecho común, estando facultado para ello, si no hay prohibición expresa; si han guardado silencio, se aplicarán las disposiciones ordinarias. Así, en la compra-venta pueden libertarse de la evicción; si nada estipularon, rige el derecho común y el vendedor estará obligado á ella. Para determinar las consecuencias no previstas por los contratantes ó por la ley, se debe ocurrir al uso ó costumbre del lugar, pues se reputa conocida de ambos; en su defecto debe buscarse la equidad. La ley, dice Bentham, tiene el mismo centro que la moral; pero no la misma circunferencia; de ahí que se aplique aquélla como la regla soberana que rige las relaciones de derecho entre los hombres, y sólo en caso de silencio venga la equidad que es una emanación de la moral. Por eso es que nuestra jurisprudencia ha reconocido que todo lo establecido claramente en los contratos debe ser observado. Lo que virtualmente se encuentra comprendido en un contrato resultará de la ley, del uso, ó de la equidad.

...
convenido que si las hubiese, se arreglarán en Bremen, con sujeción á la ley de Bremen y exclusión de los tribunales de otros países.—**LX, 225.**

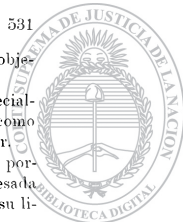
Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1197.—El pago de moneda especial puede ser verificado en papel, según el tipo de Bolsa en la fecha en que dicho pago haya tenido lugar.—**Jur. Civ., XII, 24, Sér. 4ª.**

Las transacciones forman para las partes una regla á la cual deben someterse como á la ley misma.—**Jur. Civ., X, 11, Sér. 2ª.**

La sociedad anónima está obligada á comprar las acciones por su valor escrito, si tales acciones fueron entregadas como precio de un contrato de compra-venta y en el mismo se impuso esa condición.—**Jur. Com., V, 229, Sér. 3ª.**

Las condiciones estipuladas en el contrato de seguro son ley para las partes, en tanto ellas no sean contrarias á la ley.—**Jur. Com., VI, 76, Sér. 3ª.**

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1198.—La construcción inadecuada y defectuosa, en la que no se han llenado las condiciones requeridas por las reglas del arte, debe mandarse rehacer.—**XXXIV, 365.**



ción en caso de venta, sea que esa consecuencia nazca del objeto que los contratantes tuvieron en vista.

En todo contrato, la investigación debe dirigirse especialmente á descubrir cuál fué la voluntad de las partes, así como las consecuencias que ambos entendieron que debería tener.

En caso de duda, se decidirá en favor del obligado, porque la libertad es la norma, y si no está claramente expresada la voluntad, se entiende que no ha querido restringir su libertad.

§ 341.—CÓMO SE DISUELVEN LOS CONTRATOS

Las obligaciones y derechos que nacen de los contratos se extinguen por las mismas causas que las obligaciones en general, y se disuelven por la voluntad de las partes. La disolución puede provenir de la ley, cuando lo ha prohibido expresamente, ó por haberse cumplido la condición resolutoria á que estuviere sometido, ó por la espiración del término por el que se hubiere estipulado, ó por la imposibilidad sin culpa de las partes, y finalmente, *las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos por las causas que la ley autoriza (art. 1200)*; pero en esta parte no podrán alterar

(**Art. 1200.**) Marcadé (IV, n° 464), con ese espíritu crítico que lo distingue, rechaza la palabra *revocar* de que se sirve el Cód. Francés, y el Dr. Velez Sarsfield ha transcrito en la nota ese pasaje para defender la nueva redacción del Código. La cuestión me parece de poca importancia, pues el mismo Dr. Velez Sarsfield emplea algunas veces la palabra *revocar* en el sentido, no de destruir ó aniquilar retroactivamente

Fallos de la Cdm. de Apet. de la Cap.—Aplicación del art. 1198.—El propietario causante de la rescisión del contrato de locación no inscripto, es responsable de los daños y perjuicios que tal hecho ocasione al locatario.—Jur. Civ., IX, 104, Sér. 4°.

La falta de cumplimiento de un contrato obliga al culpable por los daños y perjuicios que ocasione.—Jur. Civ., IV, 144, Sér. 4°.

Los contratos no sólo obligan á lo que esté formalmente expresado, sino también á todas las consecuencias que pueden considerarse como virtualmente comprendidas en ellos.—Jur. Civ., VII, 380, Sér. 1°.

los derechos adquiridos por terceros, ni la resolución tendrá efecto retroactivo. Así, los que adquirieron derechos reales so-

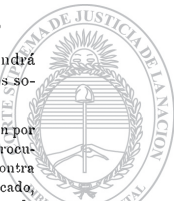
el acto, sino de dejarlo sin efecto, como la revocación de la donación por causa de ingratitud y casos semejantes en que el acto, no puede producir el efecto de que no haya habido donación, porque eso sería ir contra la verdad de los hechos. El mismo Marcadé incurre en el error criticado, cuando admite que los contratos puedan ser revocados por los vicios de violencia, dolo, etc., pues esa revocación no puede producir el efecto de destruir el acto, de tal manera que se tenga como si nunca se hubiere realizado. Lo esencial es que los mismos contratantes pueden dejar sin efecto el contrato por mutua voluntad; pero hay inexactitud en la expresión de que pueden revocarlo por mutuo consentimiento, por las causas que la ley autoriza; pues si la ley permite la revocación, no es el mutuo consentimiento el que se necesita, basta la voluntad de la parte que pueda alegar la nulidad; porque si el acto es anulable sólo puede demandarla el que sufrió el error, dolo, violencia, etc., y no la otra parte. En los actos nulos ambos contratantes podrán pedir la anulación. Recuérdese que los actos nulos por incapacidad de hecho, pueden ser anulados sólo á petición del incapaz.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1200.—Nada hay más inexacto que decir, como dice el art. 1131 del Cód. Francés, que las partes pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento, ó por las causas que la ley autorice. Revocar un contrato significaría en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgase que nunca había sido hecho, y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado. Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas, ó retirar los derechos reales que hubieren transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos. Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice; es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar. La transferencia del dominio, las servidumbres impuestas, si se trata de bienes raíces, todo queda sin efecto alguno como si el contrato no se hubiese celebrado.—Véase Marcadé, sobre el art. 1131.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. - Aplicación del art. 1200.—La rescisión del contrato por mutuo consentimiento no puede fundar una acción por daños y perjuicios.—II, 423, Sér. 2ª.

En el contrato resuelto por mutuo consentimiento, las partes están obligadas á devolver lo que con arreglo á sus estipulaciones hubiesen recibido.—Jur. Civ., V, 423, Sér. 1ª.

Justificado que los socios han manifestado su voluntad de dejar sin efecto el contrato, no puede exigirse por uno de ellos su cumplimiento con posterioridad





bre la cosa que se devuelve, no podrán ser perjudicados. Los contratos unilaterales formados por la voluntad de una de las partes, no pueden, sin embargo, ser disueltos por la sola voluntad del otorgante, porque la aceptación ha creado el vínculo que no se disolverá, á menos de una estipulación expresa, ó si resultare de una disposición de la ley, como en las donaciones que pueden revocarse por causa de ingratitud.

En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido ó ofreciese cumplirlo, ó que su obligación es á plazo (art. 1201) ó con-

(Art. 1201.) Los contratos bilaterales crean derechos y obligaciones recíprocas que pasan ordinariamente á los herederos, á menos de fundarse en condiciones puramente personales. Las obligaciones recíprocas se encuentran de tal manera ligadas entre sí, que no se puede demandar el cumplimiento por una parte, sin demostrar previamente haber cumplido la obligación correlativa, á menos de ser simultáneas las prestaciones, ó de ofrecerse á cumplirla cuando el otro lo hiciere por su parte. El que ha entregado el precio de la cosa comprada y la reclama, debe demostrar con el respectivo documento haberlo entregado. La ley 25, tit. 1, lib. 19, Dig., trae un ejemplo que da una idea completa de la reciprocidad: «Un particular compra la vendimia aun en pie, el vendedor se opone á que la recoja antes de pagar el precio; el comprador puede poner la excepción de que el precio ha sido ofrecido por la vendimia, y que no se ha entregado la ccsa. Por el contrario, recogida la cosa, el comprador quiere llevarla ó hacer el vino, el vendedor puede oponerse hasta que no pague el precio.»

La particularidad en estos contratos, es que el vendedor no tiene generalmente necesidad de demostrar su derecho, pues, consta de la demanda misma ó del documento en que la funda. Si el demandante alegare plazo ó condición para no cumplir su obligación correlativa debe demostrarlo, como si se hubiere estipulado el pago al contado, y por un convenio posterior se diera plazo. Tres hipótesis pueden presentarse: 1ª, que una de las partes haya cumplido el contrato; 2ª, que para el cumplimiento del uno se hubiere dado plazo; 3ª, que el cumplimiento

á esa manifestación, aun cuando justifique que el culpable ha sido otro socio.—Jur. Civ., III, 511, Sér. 1ª.

Siempre que exista conformidad de partes, aunque la venta haya sido judicial, el juzgado debe dejarla sin efecto.—Jur. Civ., IX, 57, Sér. 1ª.



dicional; lo que es un grave error de doctrina, porque debiera suponerse implícito el pacto comisorio, dando derecho al otro contratante para demandar los daños y perjuicios.

En los contratos bilaterales pueden las partes darse tiempo para arrepentirse ó comenzar á ejecutarlo, entregando todo ó parte de la cosa ó precio ofrecido.

El tiempo para arrepentirse puede darse por cláusula especial del contrato ó también *si hubiere dado una señal una de las partes para asegurar el contrato ó su cumplimiento; quien la dió puede arrepentirse del contrato, ó puede dejar de cumplirlo*

sea simultáneo por ambas partes. En la 1ª debe demostrar que cumplió por su parte; en la 2ª que tiene plazo; y en la 3ª ofrecerá cumplirlo en el acto que el otro llene la obligación correlativa. El Cód. Chileno, art. 1552 dice: «ninguno de los contratantes está en mora, mientras el otro no cumple por su parte ó no se allane á cumplirlo en la forma y tiempo debido», estableciendo de este modo la obligación de pagar los perjuicios de la mora el que no cumplió el contrato; principio que debemos aplicar en nuestro caso.—Véase FREITAS, art. 1955.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1201.—L. 13, Tít. 11. Part. 5ª.—Domat, *Obligat.*, Lib. 1, Sec. 3, § 2.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1201.—En los contratos bilaterales, una de las partes no puede demandar á la otra el cumplimiento sino prueba haber ella cumplido; por consiguiente, no puede exigirse la multa por trabajos no acabados si el que debía ejecutarlos habla podido hacerlos empezando más tarde de lo convenido, y sólo no pudo concluirlos por haberle faltado los medios que la otra parte estaba obligada á suministrarle.—XIV, 60.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1201.—El embargo preventivo fundado en un contrato bilateral no procede, si la parte no justifica sumariamente haber cumplido las obligaciones que el contrato le impone.—Jur. Civ., V, 467, Sér. 1ª.

En el contrato bilateral las partes aisladamente no pueden demandar su cumplimiento, si al entablar su acción, no prueba el actor haberlo cumplido ó ofrece cumplirlo.—Jur. Com., I, 324, Sér. 1ª.

En el contrato bilateral la parte que demanda su cumplimiento debe probar que se encuentra en estado de poderlo cumplir.—Jur. Civ., I, 321, Sér. 1ª.

En los contratos bilaterales una de las partes no puede demandar á la otra el cumplimiento de la obligación, si no probase haber cumplido la suya ó ofreciese cumplirla siendo á plazo.—Jur. Civ., IV, 449, Sér. 1ª.

Para exigir la rescisión del contrato bilateral debe el actor justificar que ha cumplido con las obligaciones que él le imponía.—Jur. Civ., I, 300, Sér. 4ª.



perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor (art. 1202, 1ª parte), si hubiere sido dinero, ó su equivalencia si fuera otra cosa.

Cuando se diera alguna cosa en arras, si el contrato se cumpliera, la señal debe devolverse en el estado que se encuentre (art. 1202, 2ª parte), sin que sea responsable el tenedor de las alteraciones que sufriera sin su culpa; así, aumentará, disminuirá ó perecerá para su dueño.

Si la cosa que se dió en seña fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación; pero no si ella fuere de diferente especie, ó si la obligación fuese de hacer ó de no hacer (art. 1202, 3ª parte); porque en los dos últimos casos no hay lugar á tomar la señal como una indemnización.

(Art. 1202.) Es necesario reconstruir el proceso del legislador para sacar la mayor suma de verdad, pues el artículo contiene muchos principios englobados. En primer lugar, en todo contrato puede estipularse cláusula penal, arras ó señal, pacto comisorio ó cláusula de arrepentimiento. La pena representa los daños y perjuicios para el caso de no cumplirse lo estipulado; las arras se dan en seguridad del cumplimiento del contrato; el pacto comisorio faculta á las partes para disolver el contrato si la otra no lo cumpliere, y la cláusula de arrepentimiento autoriza á los interesados para disolverlo sin pena alguna.

Cuando se ha dado señal para garantir el cumplimiento, el artículo, separándose de Freitas, que ha sido su modelo, faculta para no cumplir el contrato, perdiéndola el que la dió ó pagando otro tanto el que la recibió. ¡Es un extraño modo de garantir el cumplimiento de un contrato! La garantía se convierte, sin voluntad expresa de las partes, y sólo por el ministerio de la ley, en una cláusula de arrepentimiento; más lógico habría sido obligar al cumplimiento del contrato, y dejar, como lo hace Freitas, que las partes estipulen expresamente que la señal es una pena por el no cumplimiento del contrato, siendo entonces, no una garantía, sino un medio de resolución.

Concluido el contrato, si lo que una de las partes entregó ó dió fuere de la misma especie de lo que debe entregar ó dar, se reputa como parte del precio ó un comienzo de ejecución, á menos de decir expresamente que lo da como señal. No se reputará pago, si lo dado fuere

Si para garantir el contrato se hubiera entregado parte del precio, se tendrá como un principio de ejecución, y ninguna de las partes podrá arrepentirse.

de diferente especie de lo que debía entregarse, pues no se puede pagar en otra especie de la convenida.

Cuando la obligación es de hacer ó de no hacer, si lo dado fuere de la misma especie se tendrá como parte del precio si el contrato se cumpliere, no así cuando fuere de especie diferente. Cuando contratamos la construcción de un estanque y doy cien pesos en señal, una vez construido, ese pago se considera como parte del precio, no así cuando he dado una cosa mueble en prenda y seguridad del contrato.

Cuando el contrato se resolviera por el cumplimiento de la condición impuesta, ó por una convención posterior ó por imposibilidad de cumplirlo, la señal se devolverá como se encontraba. Si se hubiere dado señal para garantir el contrato, se demandará el cumplimiento ó la pérdida de la señal. Importando la señal una facultad que se reservan ambos contratantes para resolver el contrato, lo que equivale á una especie de pacto comisorio, en caso de duda, se debe presumir que se ha dado como señal de arrepentimiento, contra la opinión de Freitas, art. 1916. Aubry y Rau, § 349, nota 37, dicen: «no se deben confundir las arras dadas en señal de la conclusión definitiva de una convención, con las arras propiamente dichas, *arrhas quæ ad jus penitendi pertinet*», aunque opinan que en caso de duda se debe reputar la suma dada como arras propiamente dichas, sin expresar la razón de esta decisión. Pothier (III, *venta*, n° 510), agrega: «aunque las arras se dan en prueba del contrato concluido *in argumentum venditiones contractu*; sin embargo, como se dan también para los simples proyectos de contractos, no pueden por sí solas (si no hay otras pruebas) formar una prueba suficiente de la conclusión del contrato.» Serán cuestiones de hecho, pero pueden darse las reglas siguientes para resolver las dificultades: 1ª, una cantidad dada en una promesa de venta, como no es la venta misma, se considerará como señal; 2ª, una cantidad entregada por el comprador en la venta de un inmueble, sin expresar en qué calidad la da, se considerará como pago de parte del precio, porque es el comienzo de la ejecución de un contrato realizado; 3ª, cuando se hubiere dado la señal, si el contrato ha comenzado á cumplirse, sea que uno diere una cantidad á cuenta, sea que el vendedor comenzare á entregar las cosas vendidas, no habrá lugar á arrepentimiento, porque ambos han renunciado tácitamente dicha cláusula; 4ª, para que las





§ 342.—DEL PACTO COMISORIO

Las sociedades modernas se caracterizan por la asombrosa actividad que despliegan en busca de ese ideal que se traduce al presente en riqueza ó bienestar material, y uno de los factores principales es el comercio, que vive y se agita en la rapidez de las transacciones; respondiendo á esta necesidad es que el Código de Comercio, siguiendo á las legislaciones más adelantadas, presume el pacto comisorio en todos los contratos. Y consideramos un grave error de doctrina el haberlo suprimido en el Código Civil.

El pacto comisorio faculta á una de las partes para declarar rescindido el contrato y demandar los daños y perjuicios, cuando una de ellas se negara á cumplirlo, quedando así en aptitud para disponer de la cosa ó precio, y el (art. 1203) dice á este respecto: *si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservase la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumple, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda*; mientras que en los contratos comer-

arras se consideren tales, bastará expresar que son dadas como señal ó arras, ó si dijera que lo entregado no debe considerarse como parte del precio.

(Art. 1203.) El pacto comisorio, aunque se presume hecho bajo condición resolutoria, difiere de ésta en que, cumplida, resuelve el contrato sin intervención alguna; mientras en aquél sólo se autoriza á resolverlo á la parte inculpada, y es necesario que ésta manifieste expre-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1202.—El Código Romano parece conforme con la disposición de nuestro artículo, pero claramente el texto de la Instit., Proemio, Lib. 3, Tit. 24, y la L. 17, Tit. 21, Lib. 4, del Código, no hablan del contrato ya perfecto, sino del principiado. La L. 2, Tit. 10, Lib. 3, F. R. no permite arrepentirse al que recibió la señal, pero sí al que la dió, perdiéndola. La L. 7, Tit. 5, Part. 5ª, es al parecer conforme con nuestro artículo. El Cód. Francés, art. 1590, copiado en todos los otros Códigos, habla sólo del caso en que hubiese promesa del contrato, y no puede ser de otro modo, porque según ese Código por sólo el contrato quedará ya adquirida la propiedad. Troplong, *De la Vente*, I, n° 135 y siguientes. Duranton, XVI, n° 51, y Duvergier, *De la Vente*, I,



ciales se presume estipulado, estableciendo así una especie de privilegio en favor de los comerciantes.

samente su voluntad. Habría verdadera conveniencia, como lo demostraremos en el artículo siguiente, en incorporar al derecho civil el mismo principio que rige en el comercial, considerando implícito este pacto en todos los contratos bilaterales. Pero contrayéndonos á la disposición, haremos notar que si el contrato se hizo bajo pacto comisorio, cualquiera que fuere la causa del no cumplimiento de una de las partes, el contrato se resolverá á petición de la parte no culpada. Se puede demandar el cumplimiento del contrato ó los daños y perjuicios, ó pedir la resolución con los daños y perjuicios. La resolución no ofrece dificultad cuando se refiere á un sólo contrato; pero si fueren dos ó más, p. e., vendo á B., bajo pacto comisorio, mil ovejas por mil pesos y le compro bajo el mismo pacto 500 novillos por 10.000 pesos, ¿bastará que no me hubiera pagado las ovejas para tener derecho á disolver el contrato? No, seguramente; porque hay dos contratos que dan acciones diferentes, y la existencia del uno no está ligada á la del otro; cada uno debe ejecutarse ó disolverse separadamente. Cuando se dice, que la parte no culpada sólo podrá resolver el contrato, no se pone en su

nº 135 y siguientes, exponen, en largas disertaciones, teorías sobre las arras en los contratos que no presentantan resultados claros, de las cuales nos hemos apartado.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 1202.—En las ventas en remate judicial procede la pérdida de la seña si el comprador consiente el aperecibimiento de dársele por desistido de la compra y por perdida la suma entregada.—Jur. Civ., IV, 40, Sér. 3ª.

El vendedor que no cumple el contrato, sólo está obligado á devolver la seña recibida, en tanto no se haya estipulado otra pena.—Jur. Civ., IV, 103, Sér. 3ª.

El comprador en remate judicial no puede ampararse de la disposición del art. 1201 del Cód. Civil, que permite el desistimiento perdiendo la seña entregada.—Jur. Civ., IV, 246, Sér. 4ª.

El pacto comisorio estatuido sólo en favor del vendedor, le permite exigir del comprador el cumplimiento del contrato, no obstante la pérdida de la cantidad entregada como seña.—Jur. Civ., VI, 91, Sér. 4ª.

La inexecución del contrato por culpa del comprador trae aparejada *ipso facto* la pérdida de la seña si se hubiere estipulado.—Jur. Civ., I, 403, Sér. 4ª.

En los contratos de compra-venta, la pérdida de la seña permite al comprador dejar sin efecto este contrato.—Jur. Civ., I, 228, Sér. 4ª.

Sólo puede considerarse señal ó arras la suma entregada al firmar el contrato si expresamente se consigna tal condición.—Jur. Civ., IV, 379, Sér. 5ª.

No procede el desistimiento perdiendo la seña en el juicio sobre cumplimiento de la obligación de hacer escritura del boleto.—Jur. Civ., XIII, 13, Sér. 3ª.



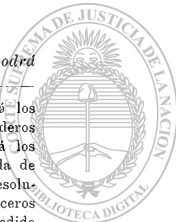
Si no hubiere pacto expreso que autorice á una de las partes á

mano el derecho de hacerse justicia por sí y faltar á las obligaciones impuestas, se expresa que deberá demandar á su elección el cumplimiento ó la resolución de él. Si una de las partes ha cumplido entregando el precio ó la cosa, y la otra deja de hacerlo sin culpa por su parte, el que pide la resolución se hará devolver la cosa entregada con los frutos producidos ó que debían producir, ó el precio con sus intereses. Si la resolución del contrato fuera de una renta vitalicia, deberá devolver la cosa con los frutos desde la sentencia firme, ó la suma con los intereses. La resolución va acompañada siempre de los daños y perjuicios, cuando hubo culpa por parte del que no ha cumplido el contrato; pero si la cosa que debió entregar ha perecido por caso fortuito ó fuerza mayor, sin haber estado en mora, no deberá indemnización alguna. Mientras el deudor no sea moroso puede impedir la resolución del contrato ofreciendo cumplirlo, no así después de haberse constituido en mora.

Cuando las partes hubieren convenido que el sólo vencimiento produciría la mora, ó en los casos del art. 509, ó que se consideraría como resuelto el contrato, sin necesidad de declaración judicial, se debe aceptar en los términos convenidos, pues no contraría el orden público.

En los contratos de tracto sucesivo, como, p. e., en el arrendamiento, la resolución se considerará más bien como una cesación del contrato, porque continúa rigiendo para los hechos anteriores que se han cumplido y que no se anulan. Importando el pacto-comisorio una especie de condición resolutoria, confiere una acción real para reclamar la cosa entregada, de cualquier detentador, cuando el juez hubiere declarado resuelto el contrato por sentencia firme.

La acción de resolución ¿puede dividirse? Vendida y entregada una cosa bajo pacto comisorio, si al vencimiento del plazo, el vendedor ha fallecido dejando varios herederos, y unos piden la resolución del contrato y la devolución de la cosa, y los otros el precio. ¿Cómo debe resolverse la dificultad? Cada heredero no puede ejercer el derecho de su causante sino por su parte y porción; así, los que demandan la resolución sólo pueden hacerlo por lo que les corresponde, del mismo modo los que piden el precio; si la cosa fuera indivisible la resolución tiene que ser acordada, y el comprador si quiere entrará á ser co-propietario por la parte que corresponde á los que demandan el precio, pagándoles de su propio peculio; en caso contrario, los que demandan el precio lo pedirán de los que toman la cosa, en proporción de su parte,



disolver el contrato si la otra no lo cumpliere, el contrato no podrá

ó esperarán la venta de la cosa; pero el comprador deberá los daños y perjuicios. Lo mismo sucederá cuando fueren los herederos del comprador. Si la cosa es divisible se entregará la parte á los que piden la resolución y á los otros el precio. La demanda de cumplimiento del contrato hace cesar el derecho de pedir su resolución, y esto se debe entender igualmente con relación á los terceros detentadores, que podrán rechazar la acción alegando que el pedido de cumplimiento importa una renuncia del pacto comisorio.

La ejecución parcial del contrato no privará de pedir su resolución sino se cumpliere en su totalidad; si se hubiere reservado expresamente este derecho, en caso contrario, se entiende renunciado. — FREITAS, arts. 1921 y 1922. — Comp. arts. 1374 y 2666.

El pacto comisorio no se permite en el contrato de prenda, autorizando al prestamista para apropiarse de esta, pues siendo un contrato de préstamo, no se le debe cambiar en uno de venta; este procedimiento autorizaría el dolo, por esa razón los jueces admitirán la prueba del préstamo, si se encubre bajo la forma de venta para evitar abusos. — Véase art. 1387 y su nota y el art. 3222 y la nota.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1203.—Siendo principio expreso en derecho que los contratos se forman para cumplirse, no procede la demanda de resolución, sino la del cumplimiento de la convención, salvo la existencia de un pacto comisorio.—Jur. Civ., III, 231, Sér. 4°. V. 350, Sér. 3°.

El termino fijado para la escrituración, en el boleto de compra-venta, no importa un pacto comisorio sino un término dentro del cual no puede exigirse judicialmente el cumplimiento del contrato.—Jur. Civ., III, 109, Sér. 4°.

Establecido el pacto comisorio en favor de una de las partes, no permite á la otra invocarlo á su favor para la rescisión del contrato de compra-venta, sólo puede exigir su cumplimiento.—Jur. Civ., IV, 387, Sér. 4°.

El pacto comisorio estatuido sólo en favor del vendedor, le permite exigir del comprador el cumplimiento del contrato, no obstante la pérdida de la cantidad entregada como seña.—Jur. Civ., VI, 91, Sér. 4°.

No procede la rescisión del contrato de compra-venta de inmuebles, constante de instrumento privado, si no existe pacto comisorio.—Jur. Civ., IX, 276, Sér. 4°.

La fijación de un término para la escrituración de un boleto impreso, de remate, no importa un pacto comisorio, y sólo confiere al comprador ó al vendedor el derecho de exigir judicialmente el cumplimiento de ese contrato, si no fuera de común acuerdo prorrogado.—Jur. Civ., I, 281, Sér. 3°.

El pacto comisorio debe encontrarse explícitamente consignado para que proceda la resolución del contrato; la ley obliga á las partes á exigir judicialmente el cumplimiento de éste.—Jur. Civ., V, 61, Sér. 3°.



disolverse, y sólo podrá pedirse su cumplimiento (art. 1204), ligando á ambos contratantes hasta la decisión judicial.

(Art. 1204.) Considero un grave error en haberse separado de la legislación comercial en punto de tan vital importancia, porque el pacto comisorio debía sobreentenderse en todos los contratos civiles, favoreciendo la celeridad de las transacciones. No hay razones bastantes poderosas para obligar á las partes á pedir siempre el cumplimiento del contrato, con los daños y perjuicios de la mora, inmovilizando así cosas ó capitales hasta la resolución definitiva del asunto, aumentando los perjuicios que pesarán sobre el que deje de cumplir el contrato, y muchas veces lo sufrirá el que estaba dispuesto á cumplirlo, por la insolencia de la otra parte.

El art. 1184, Cód. Francés, está más en armonía con las necesidades actuales, y aun con la naturaleza misma de las estipulaciones. Es un error creer que las excepciones contenidas en el Código lo ponen casi al igual de la legislación francesa porque, en realidad, no hay excepción alguna. El pacto comisorio debe ser expreso según nuestra legislación civil; si por excepciones se entiende la pérdida de la cosa, la imposibilidad

No existiendo pacto comisorio expreso, no puede dejarse sin efecto el contrato por la sola voluntad de una de las partes.—Jur. Civ., VI, 188, Sér. 3ª.

Reconocida la existencia de un convenio privado, no puede darse por disuelta la convención, mientras no se pruebe también la existencia de un pacto comisorio establecido de común consentimiento de partes.—Jur. Civ., II, 416, Sér. 4ª.

La falta de cumplimiento de la obligación de hacer, hace procedente la pérdida de la cosa, si en el boleto de compra-venta existía expresamente determinado el pacto comisorio.—Jur. Civ., IX, 126, Sér. 3ª.

Debe reducirse á escritura pública el boleto de compra-venta, aun después de vencido el término que él fija para la escrituración, si no existe pacto comisorio expreso.—Jur. Civ., IX, 265, Sér. 3ª.

Vencido el término fijado como pacto comisorio, queda sin efecto el boleto de compra-venta; las prórrogas deben justificarse por escrito, no basta la prueba testimonial.—Jur. Civ., X, 5, Sér. 3ª.

Aun cuando exista pacto comisorio si la condición no se cumplió por culpa del vendedor, el boleto de compra-venta debe ser reducido á escritura pública.—Jur. Civ., X, 284, Sér. 3ª.

La existencia de pacto comisorio, obliga al vendedor á ampararse de él en la fecha del vencimiento; si se justifica que después de esa fecha se conformaba con cumplir el contrato, se conceptúa que existió renuncia tácita.—Jur. Civ., X, 403, Sér. 3ª.

La cláusula que declara nula y sin valor la venta por el transcurso de un término, importa un pacto comisorio.—Jur. Civ., XI, 205, Sér. 5ª.



Cuando el Juez hubiere ordenado el cumplimiento del contrato por sentencia firme, y el obligado se resistiera á cumplir-

de entregarla sin culpa, se confunde la resolución por causas naturales y previstas que hacen imposible su cumplimiento, con las que sólo tienen su origen en la voluntad. No encontramos razón alguna para haber rechazado la doctrina consagrada por las leyes de Partida y confirmadas por la grandísima autoridad del Código Francés.

El Dr. Velez Sarsfield, para sostener la resolución del artículo, dice, que la condición resolutoria tácita no nace del contrato. ¿Por qué, pregunto á mi vez? ¿No es acaso natural suponer en el que realiza un contrato, la voluntad de dejarlo sin efecto pagando los daños y perjuicios? ¿Por qué obligarlo á demandar su cumplimiento, guardando la cosa hasta la conclusión del asunto? Más propio es suponer que no cumpliéndose el contrato lo resuelva, y reclame los daños y perjuicios disponiendo de la cosa ó del precio. Esto mismo lo ha admitido en las cosas muebles el art. 1420, lo que hace menos perjudicial la disposición. ¿Por qué no extenderlo á los inmuebles? La condición resolutoria tácita nace de la voluntad de las partes, y cuando una de ellas se niega á cumplir el contrato, la ley debía autorizar su resolución. Si los contratantes nada estipularon expresamente, la ley debe interpretar esa voluntad. El Código de Austria no es autoridad bastante para hacer aceptable la nueva teoría, rechazada por nosotros mismos en el posterior Código de Comercio.—Véase FREITAS, art. 1960. En contra del artículo, Cód. FRANCÉS, art. 1184. SARDO, 1275. VAUD, 880. LUISIANA, 2041. NÁPOLES, 1137. BOLIVIA, 1170. ISLAS JÓNICAS, 1098. MODENA, 1234 á 1237. FRIBURGO, 1174. TESINO, 581, y todos los jurisprudencias franceses. En el artículo 1579 se reconoce el pacto comisorio sobreentendido en la locación.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1204.—Cód. de Austria, art. 919.—Domat, *Obligat.*, Sec. 3ª, § 4.—En contra, L. 58, Tit. 5, Part. 5ª.—Cód. Francés, art. 1184.—De Luisiana, 2041.—De Nápoles, 1137.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1204.—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, 390.

Faltos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1204.—El boleto de compra-venta sin plazo para la escrituración, no puede declararse rescindido: debe exigirse su cumplimiento.—Jur. Civ., I, 117, Sér. 3ª.

Sólo procede la resolución del contrato por falta de cumplimiento, en tanto exista pacto comisorio, ó el condenado por sentencia no lo cumpla.—Jur. Civ., XV, 307, Sér. 4ª.

lo. se considerará resuelto, respondiendo el vencido por los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento.

§ 343.—DEL LUGAR DONDE DEBE CUMPLIRSE EL CONTRATO.

LEYES QUE RIGEN LOS CONTRATOS CELEBRADOS
FUERA DE LA REPÚBLICA

El Código Civil, influenciado por el espíritu de cosmopolitismo que ha penetrado en todas las capas sociales, en un país que recibe anualmente millares de inmigrantes de todas las nacionalidades, ha abandonado á la legislación extranjera la facultad de estatuir sobre la capacidad de hecho de los agentes, y esa doctrina se aplica á *los contratos hechos fuera del territorio de la República, que serán juzgados en cuanto á su validez ó nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados (art. 1205)*, con ex-

(**Art. 1205.**) Este artículo hay que estudiarlo, combinándolo con el 1209. Pueden ocurrir los casos siguientes: 1º, que el contrato se celebre fuera de la República para tener efecto en ella; 2º, que lo sea fuera, sin estar destinado á producir efecto en la República, pero que venga á ejecutarse por cambio de domicilio de una de las partes ó por cualquier circunstancia. El primer caso lo estudiamos en la nota 1209, el segundo corresponde á este lugar. Supongamos que se celebra un contrato en Francia, y que por cualquier evento viene á demandarse en la República, en ese caso debemos aplicar los principios siguientes: 1º, en cuanto á la capacidad de obrar de los agentes ó capacidad de hecho, rige la ley del domicilio de las partes, si los dos estaban domiciliados

No puede demandarse la rescisión del contrato en tanto no exista cláusula resolutoria expresa.—Jur. Civ., II, 55, Sér. 4º.

La falta de cumplimiento del contrato de locación por tiempo determinado, hace pasible al inquilino de los daños y perjuicios que la rescisión cause al propietario.—Jur. Civ., I, 333, Sér. 5º.

No procede la acción resolutoria del contrato de compra-venta por instrumento privado, si no existe pacto expreso en el boleto.—Jur. Civ., XIV, 17, Sér. 4º.

No procede la acción por daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de un contrato bilateral, si en oportunidad no se demandó su cumplimiento.—Jur. Civ., IV, 254, Sér. 3º.





cepción de los que se refiriesen al dominio ó constitución de derechos reales sobre bienes raíces situados en la Argentina, que deberán juzgarse por nuestras leyes.

Los contratos celebrados en la República ó fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto á su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales ó extranjeros

en Francia y son mayores de 21 años y menores de 22, el contrato será válido; si están domiciliados en la Argentina será anulable; 2º, con relación á las formas, rige la ley del lugar en que se celebró; 3º, con relación á la validez ó nulidad sobre la esencia misma del contrato, es decir, lo que lo constituye, como el objeto, modo de expresión de la voluntad, etc., siempre que no fueran injuriosas á la República, se regirá por la ley del lugar en que fué hecho; así, cuando se hubiere puesto una condición imposible, y según la ley del lugar donde se celebra el contrato, se considerase como no puesta, se reputaría tal aunque nuestras leyes lo dejaren sin efecto, art. 530; lo mismo se diría respecto á las causas de error, miedo ó violencia que hacen anulable el contrato; 4º, respecto de la naturaleza del contrato, comprende sólo la clase y condición de él, para su clasificación y las consecuencias.

Las condiciones que se refieren á la naturaleza, se diferencian de las esenciales, en que el contrato no puede existir sin éstas, mientras aquellas pueden no afectar su existencia y ser excluidas por la voluntad de las partes. Así, la evicción en la compra-venta es de la naturaleza del contrato, como lo es, de que el peligro de la cosa vendida corre por cuenta del vendedor, hasta que no hubiere hecho tradición. Es de la naturaleza del contrato el considerarlo como condicional ó puro, principal ó accesorio.

Las obligaciones que produzcan, corresponden á la extensión que las leyes acuerdan á los contratos, como si, p. e., declarasen que las obligaciones civiles fueran solidarias, ó que las comerciales se reputaran mancomunadas.—Comp. arts. 6 á 8, 950, 1180, 1201, 1209.

No dejaremos de observar, que la República se despoja de una facultad soberana haciendo acallar sus propias leyes, para dar valor á las extranjeras, lo que debería ser materia de tratados especiales buscando la reciprocidad. ¿Por qué sería el caso de aplicación de las leyes extranjeras? Se dice, porque las partes han tenido en vista las leyes del país en que celebraron el acto; pero la voluntad é intención de los contratantes en nada debe influir sobre la aplicación de nuestras propias leyes,

(art. 1209), porque las partes han entendido someterse á las leyes de la nación donde deben ejecutar el contrato, pues no pueden pretender aplicar leyes extranjeras.

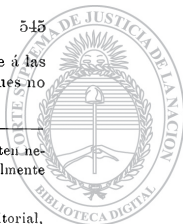
y como vienen á pedirnos la ejecución, y por ese hecho se someten necesariamente á las de nuestro país, donde se ejecuta accidentalmente el contrato.

(Art. 1209.) Este principio se funda en la soberanía territorial, y es una justa excepción del art. 1205. Debiera ser para nosotros un principio general, que la validez ó nulidad de un contrato, su naturaleza y las obligaciones que produzca, serán juzgadas por las leyes de la nación donde debe ejecutarse, y como una excepción se aplicarían las leyes del lugar donde se hubiere celebrado, sino fuera la Argentina, el lugar de su ejecución, y por una circunstancia eventual se exigiere en ella. La razón es, porque las partes se han sometido de ante mano á las leyes del lugar elegido para su ejecución. Un contrato celebrado en Francia para ejecutarse en nuestro país, debe estar

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1205.—Conflicto o' Laws, § 242.—Kent, Comment., Lect. 37, pág. 394, y Lect. 39, pág. 458 hasta 469. Por la naturaleza del contrato se entiende aquellas cualidades que propiamente le corresponden, y que por la ley ó costumbre siempre lo acompañan, ó son inherentes al contrato. Si un contrato, es ó no condicional, ó absoluto, si es contrato principal ó accesorio; si es limitado ó general en sus efectos, todo esto pertenece á la naturaleza del contrato, y depende de la ley ó costumbre del lugar en que se ha hecho.

Por la ley de algunas naciones hay ciertos contratos mancomunados que obligan á cada parte *in solidum*, que en otras son simples mancomunidades que sólo obligan á la correspondiente porción. En tal caso, la ley del lugar del contrato rige la naturaleza del contrato, no habiendo estipulación expresa. Pothier, en el *Tratado de las Obligaciones*, n° 7, explica extensamente y con diversos ejemplos lo que debe entenderse por *naturaleza de los contratos*, ó de las cosas que son naturales por el derecho en cada contrato, aunque no haya estipulación sobre ellas.

Decimos también que las leyes del lugar en que se ha celebrado el contrato rigen las obligaciones que él produce. Suponed, como sucede en diversas naciones, un contrato sobre el pago de la obligación de un tercero en un país donde la ley sujeta tales contratos á las condiciones tácitas: que. 1° el deudor y sus bienes han de ser ejecutados antes de concurrir el garante de la obligación, cuando en el país donde ha de ser ejecutado el contrato hace solidario al fiador, como sucede en la república respecto de los créditos fiscales. En ninguna nación sería el contrato ejecutado de otro modo que del que estaba prescrito por la ley del lugar en que se celebró. Así también, si una obligación es meramente obligación accesoría por la ley del lugar del contrato, en ninguna parte debe juzgarse como obligación principal. (Story, desde el § 263 hasta 267 inclusive).





El principio de que deben aplicarse las leyes del lugar en que fueron celebrados los contratos, tiene las excepciones siguientes:

a) Cuando *los contratos fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso á los derechos, intereses ó conveniencias del Estado ó de sus habitantes (art. 1206)*; porque sería por demás raro que diéramos preferencia á las leyes extranjeras en semejantes casos.

b) Cuando *los contratos hechos en país extranjero sean para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado (art. 1207)*; porque sería depresivo de la

regido por nuestras leyes, menos en lo que se refiere á la capacidad de obrar y á la forma del acto; pero si ese mismo contrato debiera ejecutarse en Francia y fuera demandado en nuestro territorio por haberse domiciliado los contratantes en la Argentina, se aplicarán las leyes francesas, lo que es un error. La ley romana dice, con ese buen sentido que se ha mirado como la razón escrita: se juzga haber contratado en el lugar donde se ha prometido pagar.—Comp. STORY, *Forcing Contracts*, nos 242 y 280.

(**Art. 1206.**) Como una excepción al principio enseñado en el artículo anterior no tendrán efecto; es decir *serán nulos*, cuando fueren inmorales ó contra las buenas costumbres, como sería el contrato sobre contrabando. Cuando el contrato resultare injurioso á los intereses ó conveniencias del estado ó de sus habitantes, Story trae el ejemplo siguiente: «si un ciudadano de los Estados Unidos recibe en país extranjero un documento en su favor por la cantidad de dinero que debe pagarle un nacional de ese país, y una ley lo libera por la entrega de todos los bienes, sin dar intervención á los acreedores extranjeros; ese documento dice, sería ejecutable en los Estados Unidos á pesar de la liberación obtenida.» La excepción se puede extender, pues, á toda ley que venga á perjudicar los intereses de los habitantes de la Argentina.

(**Art. 1207.**) Otra de las excepciones es cuando los contratos violen las leyes de la República, sea sus instituciones políticas, ó el dere-

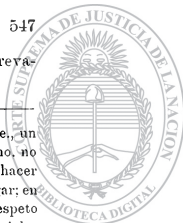
Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1209.—La demanda de nulidad de una venta hecha y ejecutada dentro de los límites jurisdiccionales de la república, interpuesta por un ministro diplomático, corresponde al conocimiento originario de la Suprema Corte.—XLVII, 248.

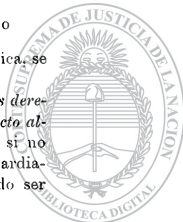
soberanía nacional el que una nación extranjera hiciera prevaler sus leyes contrarias á las nuestras.

cho público, ó á las leyes civiles, comerciales ó criminales, p. e., un contrato sobre esclavatura permitido en el país donde se ha hecho, no tendría efecto en la Argentina, ni los que tuvieran por objeto hacer cambiar de religión á una persona ó de habitar en un sólo lugar; en una palabra, todos los que fueren prohibidos en nuestro país. El respeto y consideración por las leyes de una nación, jamás puede ir hasta violar las propias. Todos los contratos que tuvieran por objeto privar á los habitantes de la Argentina de los derechos expresamente concedidos, y que no pueden renunciarse porque atacan al orden público, no tendrán efecto.

Nota de Dr. Velez Sarsfield al art. 1206 y 1207.—Estas excepciones resultan de la consideración que la autoridad de los actos y contratos hechos en otros estados, como también sus leyes por las cuales los contratos son regidos, no son de un estricto derecho, ni son eficaces fuera del territorio de cada estado por un derecho propio, sino por la atención y consideración debida á las naciones. Cada pueblo independiente debe juzgar por sí mismo hasta dónde la urbanidad y la consideración á otros pueblos le permiten dar ejecución á las leyes de un país extranjero. Ciertamente que la limitación más justa es que el reconocimiento de la autoridad de las leyes no sea perjudicial á la nación, ó á los habitantes de ella: Suponed, dice Story, que un ciudadano de los Estados Unidos, hallándose en un país extranjero, recibe un documento á su favor por una cantidad de dinero, que debe pagarle un nacional de ese país; y que la ley de ese país hubiese declarado una liberación de las deudas por la entrega de los bienes que posea el deudor, á los acreedores que estén en el estado, sin necesidad de dar conocimiento á los acreedores que estén fuera del territorio. La obligación del deudor sería ejecutada en los Estados Unidos, no obstante la liberación obtenida bajo tal ley. Aunque deba presumirse que el acreedor conoce las leyes del lugar donde hace un contrato, es una presunción, sin embargo, es fundada sobre otra, á saber: que esas leyes no sean evidentemente parciales, injustas y destinadas á proteger los acreedores que se hallen dentro del estado, á costa de los que estén fuera del territorio. Tales leyes caen bajo la conocida regla de que las leyes que son admitidas en los tribunales del país en que no han sido hechas, son aquellas que no son injuriosas al estado, ó á los ciudadanos del estado. (Story, *Foreign Contracts*, n.º 244 y 351).

Es una máxima de la moral y del derecho que el respecto y consideración á las leyes de una nación extranjera no pueden comprender los casos en que se violen las leyes de la naturaleza, ó las leyes divinas. Los contratos, pues, que son en fraude de las leyes de su país, ó de los derechos ó deberes de sus nacionales; los contratos contrarios á la moral, ó á la religión; los contratos opuestos á la política ó instituciones, son nulos en todo país afectado por ellos, aunque pueden ser válidos por las leyes del lugar en que se han celebrado.





Con relación á los contratos celebrados en la República, se debe atender á las siguientes reglas:

a) *Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno (art. 1208);* en lo que hay impropiedad, porque si no violan las leyes del país, no debemos constituirnos en guardianes de leyes extranjeras. Esta concesión hubiera podido ser objeto de tratados.

b) *Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto á su validez, su*

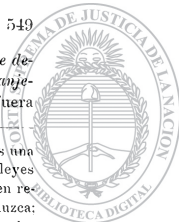
(**Art. 1208.**) Este principio debería estar sujeto á la reciprocidad. ¿Por qué la Argentina cuidaría de que no se violaran los derechos de una nación, que permite en su territorio se conculquen los nuestros? Una nación no debe cuidar del cumplimiento de las leyes de otra nación extraña, ni impedir se violen sus leyes, si no ofrece reciprocidad.

La disposición se refiere á los derechos de otra nación y no á la vigilancia de las leyes que prohíben ó permiten á los particulares ciertos actos entre sí. Las leyes prohibitivas de una nación extraña no deben aplicarse en nuestro país con relación á sus habitantes, á menos de atacar sus propios derechos. ¡Sería curioso que las leyes extranjeras de orden público ó prohibitivas tuvieran su efecto entre nosotros, siendo contrarias á nuestras propias leyes! El artículo comprende las leyes comerciales, que como el contrabando, perjudican los derechos de otra nación. Así, nuestros tribunales no deberán prestar su autoridad para ejecutar tales contratos.—Comp. STORY, *Conf. of laws*, § 247 y 257.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1208.—Story, §§ 245 y 257, sostiene la resolución del artículo como un principio de moral que debían reconocer todas las naciones. Desde el siglo pasado, Pothier (Seguros, n° 58) había censurado como inconsistente con la moral y buena política, la práctica de algunas naciones, que daban efecto á los contratos hechos en su territorio para violar las leyes comerciales de otros países, creyendo favorecer al comercio nacional. Ciertamente que una nación no está obligada á cuidar del cumplimiento de las leyes de un país extraño. No castigará sin duda á los que hubiesen formado sociedades para introducir contrabandos en un pueblo vecino; pero si ese contrato se lleva á juicio por alguna causa, ó si algún socio deja de cumplirlo, sería una resolución extraña de un tribunal de justicia la que hiciese cumplir tales contratos.

naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales ó extranjeros (art. 1210). Así, resulta que un contrato realizado fuera

(Art. 1210.) El criterio á que obedece esta disposición es una consecuencia del principio enseñado en el artículo anterior: las leyes del lugar elegido para la ejecución del contrato, son las que deben regirlo en cuanto á su validez, naturaleza y obligaciones que produzca; pero debe armonizarse con los arts. 8 y 1213. En efecto, el 8 dice: «los contratos hechos fuera del lugar del domicilio de la persona serán regidos por las leyes del lugar donde se celebró, y el 1213, si el contrato se hiciera fuera del domicilio del deudor, en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual será el lugar en que deba cumplirse; mientras el art. 1205, dice: los contratos celebrados fuera de la República, deberán ser juzgados por las leyes del lugar en que se hicieren, y el presente habla de los contratos celebrados en la República para ser ejecutados fuera de ella. Notaremos que el art. 8 habla del domicilio de la persona, sin referirse ni comprender los casos del lugar elegido para su cumplimiento. Aplicando los principios del artículo que examinamos tendríamos, que los domicilios en la Argentina que contratan en Francia, están sugetos en cuanto á la validez, naturaleza y obligaciones que produzca el contrato á las leyes francesas, que son las de su celebración, armonizando con el art. 1205; pero este principio general que debía ser una excepción, según lo expresamos, está limitado por el art. 1209 que hace prevalecer la ley del lugar elegido para su ejecución. El art. 1213 determina el domicilio y de una manera indirecta, el del cumplimiento del contrato. El domicilio puede ser en un lugar y la ejecución elegida en otro; hay colisión entre estas dos ideas. Los principios vienen á quedar en armonía bajo las siguientes reglas: 1º, los contratos celebrados fuera del domicilio de una persona, serán regidos por las leyes del lugar de su celebración, art. 8º; 2º, si las partes estuvieran domiciliadas en la República ó lo celebraran en el país extranjero serán regidos en cuanto á su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes del lugar donde se celebraron, art. 1205; 3º, cualquiera que fuera el domicilio de las partes y el lugar de la celebración del contrato, se aplicarán las leyes del lugar elegido para su cumplimiento, arts. 1209 y 1210; 4º, si el lugar del cumplimiento no estuviera expresamente designado en los contratos, será el del domicilio del deudor, artículos 1212 y 1213.





de la República, es regido por las leyes del lugar donde se celebró, y el hecho en la República para ejecutarse en otra nación se rige también por las leyes de esa nación, conclusión que lógicamente debía traernos la recíproca para nosotros. Si el contrato fué celebrado en Francia y viene á ejecutarse en la Argentina, debe ser juzgado por nuestras leyes y no por las francesas, como lo dice el art. 1205, y el art. 1209 se debería extender á todo contrato ejecutable en la República por cualquier circunstancia; pero el Código enseña lo contrario.

La soberanía territorial que no hemos debido abandonar, sino por tratados que asegurasen á nuestras leyes eficacia en el extranjero, respecto de ciertos actos, se ha abierto camino y el Código la proclama sin restricciones con relación á los bienes raíces cuando dice: *los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos*

Como lo observamos en la nota 182 de la Instituta, el artículo comprende el caso, de los contratos que debiendo tener su efecto fuera de la República vinieran á ejecutarse en ella, de otra manera no habría hipótesis, pues no podemos legislar para naciones extranjeras. Es una nueva renuncia á la aplicación de nuestras propias leyes, haciendo predominar, sin razón legítima las extranjeras, porque si estando domiciliados en la Argentina hacemos un contrato que debe ejecutarse en Francia, aplicaríamos la ley francesa á nuestros propios súbditos, en la hipótesis de que se pidiera en nuestro país el cumplimiento. El Código ha tomado ciertas ideas de cosmopolitismo que pueden ser muy adelantadas, pero que están en pugna con los respetos que cada nación debe tener por sus propias leyes.—Comp. FREITAS, art. 1962.

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 1209 y 1210.—Story, *Foreign Contract*, n.º 242 y 280.—La Ley Romana decía: *contraxisse unusquisque in es loco intelligitur in quo ut solveret, se obligaverit* (L. 21, Tit. 7, Lib. 44, Dig.)—Story refiere que la Suprema Corte de los Estados Unidos, en un caso entonces reciente, así lo había juzgado, estableciendo como un principio general, que los contratos hechos en un lugar para ser cumplidos en otro, son regidos por las leyes del lugar de la ejecución.

juridicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un Juez competente (art. 1211); porque la transmi-

(**Art. 1211.**) Los instrumentos públicos deben tener la forma exigida por las leyes del lugar donde el acto se celebra. En algunas naciones la autenticidad la dan sólo los jueces; los actos de estos serán tenidos por auténticos; pero con relación á la esencia misma del acto, á su naturaleza y efectos, como debe tener ejecución en nuestro país, deben aplicarse nuestras propias leyes; p. e., una obligación de juego prohibido, un contrato sobre contrabando, etc., que fueren afianzados por hipoteca sobre bienes situados en la Argentina, no tendría efecto, y tales instrumentos no se mandarían protocolizar, como lo enseña el mismo Dr. Velez Sarsfield en la nota al art. 3129. Cuando se pida la protocolización del instrumento público, el juez debe examinarlo, y rechazará la solicitud si él ó el fiscal notaren que no se han cumplido formalidades esenciales, ó fuere contrario á las leyes de la República. El oficial encargado del registro de hipoteca no podría tomar razón del instrumento, pues ignora si se han llenado ó no las condiciones respecto de la capacidad de los contrayentes, ó si está en la forma debida, ni puede investigar si la causa es lícita ó ilícita, por esa razón el art. 3129 exige la orden del juez competente para la toma de razón. La protocolización de los títulos otorgados en el extranjero respecto de los inmuebles situados en la Argentina se impone con mayor fuerza, pues los jueces antes de ordenar la toma de razón en el registro de la propiedad, deben averiguar si las partes son capaces de derecho para adquirirlo, si el modo de transferirlo está conforme con las leyes de nuestro país; porque si es un derecho enfiteutico ó de superficie, ó si se divide la propiedad horizontalmente ó se constituye un mayorazgo, no tendrían valor en la República. La protocolización debe hacerse aun tratándose de títulos expedidos en las provincias, que según una resolución de la Suprema Corte Nacional deben considerarse á este efecto como naciones extranjeras. La legalización de los instrumentos públicos otorgados en las provincias se hace con la atestación del secretario del Superior Tribunal de la provincia y el certificado del presidente del mismo tribunal. Los documentos extranjeros se legalizan por los agentes diplomáticos argentinos ó cónsules acreditados en la nación donde el acto se realiza; pero esa firma debe ser legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la nación.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1211.—Cuando decimos que los contratos de que habla el artículo deben constar en instrumentos públicos, no se exige que



sión debe hacerse conforme á nuestras leyes, y si se hubieren constituido derechos reales, éstos no tendrán eficacia hasta que la autoridad competente no los reconociera, ordenando su protocolización.

§ 344.—DEL LUGAR DONDE DEBEN CUMPLIRSE LOS CONTRATOS

Las leyes que determinan la jurisdicción de las autoridades públicas que deben intervenir en el cumplimiento de los contratos prestando el apoyo de la fuerza, corresponden más bien á las leyes de forma que fijan el procedimiento y están reservadas á las provincias; pero el Código regla, no la jurisdicción, sino donde puede ser exigible el contrato.

El lugar donde un contrato debe cumplirse, atribuyendo una jurisdicción especial á los Jueces de ese lugar, será: 1º, el lugar designado por las partes, cuya voluntad debe primar; 2º, cuando *en ellos no estuviere designado, ó no lo indicare la naturaleza de la obligación, será aquel en que el contrato fué hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio ó falleciere (art. 1212);* 3º, *en todos los contratos que deben tener*

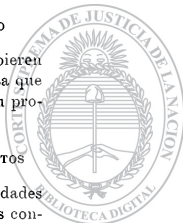
(Art. 1212.) Como se dijo que las leyes del lugar en que debía cumplirse el contrato eran las que determinaban su validez, naturaleza y obligaciones, este artículo confirma la regla y establece además,

precisamente sean hechos por notorios, ó escribanos públicos. En la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de la fe pública, que imprimen autenticidad á los actos y contratos que pasan ante ellos. Pero hay otras, como Austria, Prusia, etc., en las cuales los jueces son los únicos que dan autenticidad á los actos, y los notarios se limitan á protestas de letras, ó á recibir los contratos de las personas que no saben escribir. Respecto de los contratos hechos en estas naciones, aunque los instrumentos no sean hechos ante escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama instrumento público.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 1211.—Las provincias argentinas son estados independientes entre sí, y por consiguiente es aplicable á ellas la prescripción del Cód. Civ. vigente que manda protocolizar los contratos de transferencia de bienes raíces celebrados en países extranjeros.—XIII, 456.

Cada estado tiene poder exclusivo de legislación sobre los bienes raíces situados en su territorio, y estos no pueden ser poseídos, adquiridos ni vendidos, sino conforme á las leyes ó *estatuto real* de la tierra donde estén ubicados.—XIV, 18.

La escritura pública de hipoteca sobre inmuebles sitos en un territorio na-





su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere do-

que cuando no hubiere lugar designado, se atenderá á la naturaleza de la obligación, como si se tratase de bienes raíces sobre los que se transfiera algún derecho, será el lugar donde el bien estuviese situado. Cuando de la naturaleza de la obligación no pudiera juzgarse dónde deberá cumplirse, se reputará que es en el domicilio del *deudor*, pero como en los contratos bilaterales cada parte es acreedora y deudora á la vez, sería difícil aplicar el principio con exactitud, y entonces debemos considerar que el lugar del cumplimiento del contrato es el domicilio del que se niega á cumplirlo y donde puede ser demandado. Un contrato celebrado en el extranjero por un individuo domiciliado en la Argentina, deberá juzgarse con relación á su validez, naturaleza y obligaciones con arreglo á estos principios: 1º, se aplicarán las leyes del lugar en que se celebró, si allí debía ejecutarse; 2º, las del lugar que se hubiere elegido para su ejecución, si fuera otra nación; 3º, cuando no se hubiere designado lugar de ejecución, por lo que resulte de la naturaleza del contrato; 4º, las del lugar en que el contrato se hizo, si fuere el domicilio del que se niega á cumplir con la obligación; en este último caso prevalecen las leyes de la Argentina donde el individuo se encuentra domiciliado. De esta manera se concilian las disposiciones de los artículos precedentes. Parece que éste artículo se debe tomar como una restricción de los arts. 747, 748 y 749, pero no lo creo, pues se trata allí del pago que, si bien puede ser algunas veces el cumplimiento del contrato, no es un contrato, sino un acto jurídico. El pago como acto jurídico se hará en el lugar designado en la obligación, donde exista el cuerpo cierto, en el domicilio del deudor; pero se trata allí de determinar el lugar del pago, y no de juzgar de la validez ó nulidad, ni de la naturaleza y obligación que produce el contrato. Si el que debía cumplirlo hubiese cambiado de domicilio, se atenderá al lugar del contrato, si fuera el domicilio que tenía al realizarlo, y podrá ser ejecutado en dicho lugar. Un contrato celebrado en Montevideo por persona domiciliada allí, será ese el lugar de la ejecución, si no se determinó otro, aunque el individuo hubiera cambiado de domicilio á la Argentina.

cional, que haya sido otorgada ante un escribano de provincia, siendo su primer testimonio, y debidamente autorizado, no necesita la previa protocolización en dicho territorio, para ser anotada en el Registro de Hipotecas del mismo.—LX, 143.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1212.—El lugar donde debe tener su cumplimiento el contrato, según lo indica la naturaleza de las obligaciones en él contenidas, es una de las causas para surtir fuero.—XII, 11.

miciliado, ó residiere en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los Jueces del Estado (art. 1215); lo que no impedirá que

(**Art. 1215.**) Como lo hicimos notar en la Instituta, nota 178, el artículo contiene un error tipográfico que no ha sido salvado en la reforma. Supone el caso en que se hubiera elegido la Argentina como lugar de ejecución del contrato, y autoriza á pedir su cumplimiento aunque el deudor no estuviere domiciliado en la república, ni residiere en ella. Freitas usa de la palabra *residente* quedando así: aunque el deudor no fuere (estuviere) domiciliado ó residente en ella. Véase el artículo siguiente donde se expresa así. Por lo demás este artículo está en perfecta armonía con los arts. 101 y 102 de los que es una aplicación. El domicilio especial implica la extensión de la jurisdicción á los jueces del lugar elegido, sin perjuicio de que el acreedor puede elegir el domicilio actual del deudor.—Comp. FREITAS, art. 1966.

El juez competente para el conocimiento de los pleitos en que se ejercitan acciones personales es, con preferencia al del domicilio del demandado, el del lugar designado explícita ó implícitamente para la ejecución de la convención. XLII, 39.

El comprador á crédito de un inmueble, que ha convenido pagar el precio en cuotas, debe ser demandado por el pago de éstas ante el juez de su domicilio.—XLIV, 84.

El cumplimiento de obligaciones puede ser demandado ante el juez del lugar donde han sido contraídas y debieron cumplirse, citando á juicio al apoderado, para pleitos, del deudor residente en ese lugar.—XLV, 101.

Las compañías que tienen sucursales pueden ser demandadas en el lugar donde las tengan para el cumplimiento de las obligaciones contraídas allí, y que deben cumplirse allí.—XLVI, 22.

A los efectos de la competencia del juez, debe primar el lugar del cumplimiento del contrato, indicado por la naturaleza de la obligación, sobre el del domicilio del demandado.—LXII, 289.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1212.—Es competente el juez del lugar del contrato, si el demandado se encuentra en él, aunque sea accidentalmente.—Jur. Civ., XV, 121, Sér. 4°.

Es improcedente la excepción de incompetencia, si la demanda ha sido deducida ante el juez del lugar del contrato, estando en él accidentalmente el demandado, y aun cuando el cumplimiento de las prestaciones se hubiese estipulado fuera de la república.—Jur. Civ., XII, 162, Sér. 4°.

El juez del lugar designado para su cumplimiento, es el competente para enterar en las cuestiones que se susciten.—Jur. Civ., V, 128, Sér. 2°.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1215.—El juez competente para el conocimiento de los pleitos en que se ejercitan acciones personales es, con preferencia el del domicilio del demandado, el del lugar designado explícita ó implícitamente para la ejecución de la convención.—XLII, 39.



los contratos se ejecuten en el lugar elegido, con arreglo á las leyes de procedimiento de ese lugar; 4º, *si el deudor tuviere su domicilio ó residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los Jueces de su domicilio, ó ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí (art. 1216)*; si se ejecu-

(**Art. 1216.**) Este artículo corrige la redacción del anterior en la parte que hemos notado como defectuosa, porque en esta parte se habla del caso contrario, cuando el deudor tuviere su domicilio ó residencia en la República, que puede ser demandado ante sus jueces, aunque el contrato debiera cumplirse fuera de ella. La facultad de demandarlo ante los jueces de la República no importa autorizar al deudor para cumplir el contrato fuera del lugar estipulado, es sólo reconocer que en su domicilio puede ser ejecutado por los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento. Si las leyes del lugar donde debió cumplirse el contrato consideraron implícita la condición resolutoria, como sucede en Francia, deben explicarse esas leyes. Cuando las partes hubieran renunciado al fuero de su domicilio y determinado un lugar para el pago, serán competentes los jueces del lugar designado. Los derechos del acreedor y del deudor con relación al fuero pasan á sus herederos. —Comp. FREITAS, arts. 1967, 1969 y 1970.

La demanda de nulidad de una venta, hecha y ejecutada dentro de los límites jurisdiccionales de la República, interpuesta por un ministro diplomático, corresponde al conocimiento originario de Suprema Corte.—XLVII, 248.

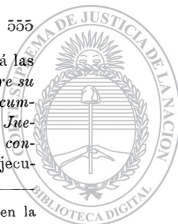
El contrato de sociedad celebrado en un lugar, y para hacer sus negocios exclusivamente en ese lugar, implica la elección de un domicilio especial que confiere jurisdicción al juez de dicho lugar para el conocimiento de los derechos y obligaciones emergentes del contrato.—LVI, 217.

El tribunal competente para conocer en las cuestiones procedentes de contrato de sociedad, son las del lugar donde ésta hace sus negocios, y tiene localizada la administración.—LVII, 311.

La causa sobre cobro de un crédito hipotecario, corresponde al juez del lugar donde están situados los bienes hipotecados.—LVIII, 181.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1215.—Los tribunales de la República son competentes para conocer del cumplimiento de contratos sobre bienes situados en su jurisdicción, aun cuando el demandado tenga su domicilio en el extranjero.—Jur. Civ., VIII, 360, Sér. 3º.

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 1215 y 1216.—Sobre los efectos de los contratos hechos fuera del Estado, para ser cumplidos en él, y sobre los efectos de los contratos hechos en el territorio de la República para ser ejecu-





tare en la República, y el contrato fuera hecho en el extranjero, se aplicará el art. 1205; si fué hecho en la República para tener efecto en el extranjero, el art. 1210; 5º, *si el contrato fué hecho fuera del domicilio del deudor, en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor, aunque no sea el mismo que tenía en la época en que el contrato fué hecho, será el lugar en que debe cumplirse (art. 1213)*; pero si había un lugar designado en el contrato,

(**Art. 1213.**) Este artículo y el precedente determinan el domicilio del deudor para ejecutar el contrato, cuando no hay lugar designado, ni puede determinarse por la naturaleza del mismo; pero las leyes del domicilio no se aplicarán á la validez, naturaleza y obligaciones, sino fuesen las del lugar del contrato. Este artículo se gobierna por las siguientes reglas: 1º, los contratos se ejecutarán en el lugar designado; 2º, si no estuviere designado el lugar, se atenderá á la naturaleza de la obligación; 3º, si aun así mismo no pudiera determinarse, será el lugar del contrato, si ese era el domicilio del deudor al tiempo de celebrarlo, aunque cambiase después; 4º, si el contrato fué hecho fuera del domicilio del deudor, en lugar en que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, se podrá exigir en el domicilio actual. Freitas, art. 1964, proyecta dos casos más, que no se han comprendido por nuestro Código y son los siguientes: 1º, si el contrato fué hecho fuera del domicilio del deudor, el lugar en que se hizo (será el de su ejecución) conociéndose por las circunstancias, que ese lugar debía ser el de su cumplimiento; 2º, si se hubiera designado más de un lugar para el cumplimiento del contrato, ó habiendo duda sobre el lugar en que el contrato se hizo, ó sobre el lugar del

tados fuera de ella, como sobre todas las cuestiones incidentes en la materia, véase á Story, *Conflict of Laws*, cap. 8.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1216.—Cuando los efectos del contrato consisten en una concesión hecha por un gobierno extranjero, y la acción intentada no comprende derecho real alguno sobre ella, no puede el demandante ocurrir á la jurisdicción del lugar donde se ha hecho la concesión.—XI, 81.

La causa sobre cobro de un crédito hipotecario, corresponde al juez del lugar donde están situados los bienes hipotecados.—LVIII, 181.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1216.—El juez del domicilio del demandado, es competente para entender en el juicio aun cuando el contrato haya tenido origen fuera de su jurisdicción.—Jur. Com., IX, 60, Sér. 2ª.



podrá también ejecutarse en dicho lugar; 6º, *si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, ó por medio de agentes, ó por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto á cada una de las partes, por las leyes de su domicilio (art. 1214)*, sin que esto contrarie los principios,

domicilio del deudor (el cumplimiento del contrato) será el lugar cuyas leyes fuesen más favorables á la intención de los contratantes. Estos principios servirán de guía en caso de duda.

(**Art. 1214.**) Cuando el contrato fuese entre ausentes habiéndose celebrado sin que las partes hayan cambiado de domicilio, y sin que se hubiera señalado el lugar de su cumplimiento, ¿qué leyes deben regir su validez, naturaleza y obligaciones? No hay lugar del contrato, ni se ha señalado dónde debe cumplirse, ni puede decidirse por la naturaleza del contrato mismo; y como cada contratante ha conservado su domicilio, se debe suponer que cada uno ha querido sujetarse á las leyes de su propio domicilio, y la ley confirma esta presunción natural y legítima. ¿Por qué se elegiría con preferencia las leyes del domicilio del uno, rechazando las del otro? Se dice que no es jurídica semejante conclusión, pues somete un mismo contrato á diversas leyes. La crítica es exacta, pero la disposición se funda en la imposibilidad de hacer prevalecer las leyes de una nación en otra; cada nación reclamará para sí, y con razón, la aplicación de sus propias leyes, cuando se trate de ejecutar á cualquiera de sus súbditos.

Un contrato celebrado entre ausentes puede ser permitido en una nación y prohibido en la otra; el que demanda su ejecución en la nación que lo prohíbe no puede hacer prevalecer las leyes de su domi-

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 1212 y 1213.—Las citas al art. 747.

Faltos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 1213.*—El comprador de un inmueble á crédito, que ha convenido pagar el precio en cuotas, debe ser demandado por el pago de éstas ante el juez de su domicilio.—XLIV, 84.

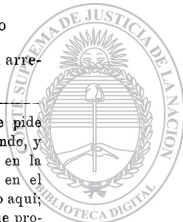
Demandándose la entrega de un inmueble en virtud de compra-venta, la obligación del vendedor, por la naturaleza de la prestación, debe cumplirse en el lugar donde está situado; y por lo tanto el juez competente para conocer en la demanda es el de dicho lugar, y no el del domicilio del demandado.—XLIX, 485.

A los efectos de la competencia del juez debe primar el lugar del cumplimiento del contrato, indicado por la naturaleza de la obligación, sobre el domicilio del demandado.—XLII, 289.

como se ha creído, porque un mismo acto sea juzgado con arreglo á dos legislaciones diferentes.

cilio, con mengua de las que rigen en la nación cuyo amparo se pide para su ejecución. Si en una nación no es prohibido el contrabando, y se celebra por correspondencia un contrato para el contrabando en la Argentina con un individuo domiciliado en ella, el domiciliado en el extranjero puede ser obligado allí á cumplir el contrato, pero no aquí; por eso se debe someter su validez, naturaleza y obligaciones que produce á las leyes del domicilio de cada uno de los contratantes.

Se habla de contratos hechos en instrumento privado firmado en diversos lugares, porque si lo fueran por instrumento público, firmado en un sólo lugar, regiría la regla del art. 1213. La disposición de este artículo no tendrá lugar, si las partes en instrumento posteriormente convinieran que el contrato sería juzgado por las leyes de la República ó por las de una nación determinada; se exceptúa el caso en que teniendo su efecto en la Argentina por estar domiciliado el deudor, las leyes extranjeras fuesen contrarias á las de la República. — Comp. FREITAS, art. 1964.



TÍTULO II
DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ^(*)
CAPÍTULO PRIMERO
DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

§ 345.—GENERALIDADES

La convención matrimonial, necesaria en los pueblos de una avanzada civilización, que tienen su vista fija en el porvenir de la familia, y de las relaciones que el matrimonio hace nacer, presenta serias resistencias en los pueblos jóvenes, donde la

Nota del Dr. Velez Sarsfield al Título II.—De la sociedad conyugal.—Casi todas las materias que comprende el Título de los Códigos antiguos y modernos. Las costumbres de nuestro país, por una parte, y las funestas consecuencias, por otra, de la legislación sobre los bienes dotes, no nos permite aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas, y nos ponen en la necesidad de evitar los resultados de los privilegios dotes. Comenzaremos por el contrato de matrimonio.

En Europa no hay matrimonio que no sea precedido de un contrato entre los esposos, tanto sobre los bienes respectivos, como sobre su administración; derechos reservados á la mujer, limitaciones á la facultad del marido, renuncia ó modificaciones de los beneficios de la sociedad conyugal, etc., etc. Por la legislación Romana puede decirse que no tenía límites la facultad que se permitía á los esposos, para reglar entre ellas su estado futuro. *Quodcumque pactum sit, dice el Digesto, id valere manifestissimum est.* (L. 48, Tit. 14, Lib. 2, Dig.)—Podían contratar aun después de celebrado el matrimonio (L. 1ª, id.) y alterar el primero y ulteriores contratos. (LL. 1ª. Tit. 4º y 72, § 2º. Tit. 3º, Lib. 23, Dig.).

Las Leyes Españolas dejaban también á los esposos hacer las convenciones que quisieran, y esos pactos eran civilmente eficaces. « *El pleito que ellos* (los esposos), *dicen las Leyes de Partida, pusieron entre sí, debe valer en la manera que se acordaron ante que casaren ó cuando casaron.* »—LL. 24 y 30, Tit. 11, Part. 4ª.

Desde el primer momento debían sentirse las consecuencias de tales facultades, y vinieron muchísimas leyes á prohibir aquellas convenciones que deprimiesen el poder del marido, ó que versasen sobre el divorcio de los cónyuges, ó que alterasen los privilegios de las dotes, ó la sucesión hereditaria, é las que dispusiesen sobre la tutela ó emancipación de los hijos, leyes que fueron el origen de pleitos que disolvieron los matrimonios y las familias.

Esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace menos felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país; cuando por otra parte las leyes no alcanzarían á variarlas, y quedarían éstas desusadas, como han quedado las que sobre la materia existen hasta ahora. La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones ó intereses menos dignos, que tanta parte





vida material es fácil y las necesidades casi elementales se llenan sin grandes esfuerzos. En general, la vida sencilla con que comienzan, estrecha y vincula la familia con afectos profundos,

tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para derechos de terceros.

Las donaciones antes del matrimonio, comunmente eran hechas entre los Romanos por el esposo ó la esposa, y no por ésta al futuro marido. Esto está probado por la observación consignada en la Ley 16, Tit. 3º, Lib. 5º, Cód.—Hablando de las donaciones de la esposa al esposo dice, *quod raro accidit*. Lo mismo el derecho español: *E si accideret*, dice la Ley 3ª, Tit. 11, Part. 4ª, *que la esposa hiciere don á su esposo, que es cosa que pocas vezes acaesce*, etc.—Desde que la mujer debe entregarle al marido todos sus bienes, ¿qué fin honorable puede tener una donación de la esposa al esposo? Improbatoria sólo comprar un marido. Verdaderamente, tal donación no tiene por parte de la esposa que la hace, ni por parte del esposo que la recibe, un fin digno de ser amparado por las leyes. En nuestro proyecto, pues, sólo se trata de las donaciones del esposo á la esposa. Las otras ventajas que los esposos pueden hacerse para después de sus días, son revocables contra el que de ellos diese causa á un divorcio, ó que no cumpliera con las obligaciones impuestas por el matrimonio.

Por el carácter que las leyes dan á las donaciones, que con calidad de dote se ofrecen ó se hacen á la mujer, parece que suponen que los hombres se casan sólo por el dote ofrecido, pues hacen de esas donaciones un título oneroso, como si el marido hubiese hecho por casarse algún servicio al que dió ó prometió la dote, ó como si el marido por haber contraído matrimonio, hubiese cargado con deberes extraordinarios, que no hubiera aceptado sin recibir una suma de dinero. Así sucedía, que el que daba alguna cosa en dote, debía sanearla de una evicción, como si tuviese por origen un título oneroso. En nuestro proyecto, esas donaciones ó promesas de dote deben estimarse como las simples donaciones gratuitas.

Nuestras más importantes reformas, son, respecto á la inalienabilidad de la dote y á las hipotecas y privilegios extraordinarios que las leyes le han dado por una causa y un fin que no son de nuestros tiempos. La frecuencia y facilidad de los divorcios, en Roma, había constituido una verdadera poligamia sucesiva parecida á la poligamia simultánea del Oriente. Toda la legislación romana, que rige las relaciones de los esposos, no ha sido calculada sino en vista de las separaciones frecuentes, que hacían degenerar el matrimonio en una clase de prostitución legal. Esta es la clave de las disposiciones ininteligentes, y de las ideas del legislador sobre la dote de la mujer. Esas disposiciones no nacen sino por el divorcio perpetuo, por la facilidad de disolver el matrimonio, repudiando á la mujer; y con el fin que la mujer repudiada pudiese hallar otro marido. *Reipublica interest mulieres, dotes salvas habere propter quas nubere possint*. (L. 2ª, Tit. 3ª, Lib. 23, Dig.)—La ley habla de la dote de la mujer casada, y esa dote es la que procura salvar; pues no reconoce dote de las mujeres solteras, que son las que debían procurar que se casaran.

Lo que caracteriza el sistema dotal de los romanos y de las Leyes Españolas, es la separación permanente de los patrimonios respectivos de los esposos. La idea fundamental de este régimen es la inmutabilidad de la fortuna de la mujer, su conservación durante el matrimonio, independiente de la prosperidad ó adversidad del marido, aunque ella quisiera unir á la suerte de su esposo sus fondos dotalcs. Esta idea no adquirió la fuerza de un principio, sino en la época de la decadencia de la legislación. Augusto fué el primero que introdujo la inalienabilidad de la dote restringida á límites muy estrechos. Cinco siglos después, Justiniano le dió toda la extensión que ha conservado hasta nosotros. Lo notable es, que el legislador tan dispuesto á favorecer la dote de las mujeres, hablase sólo del fondo dotal, y olvidase que muchas veces los muebles valen más que los bienes raíces. Vino luego la doctrina á desvirtuar esas le-



y el sacrificio, no sólo es un deber fácil, sino que algunas veces constituye una fuente de nobles emulaciones entre los esposos, los hijos y los padres. De ahí es que se mire con cierta vergüenza

y crear mayores dificultades, enseñándonos que cuando se hacía estimación de los bienes dotales, sucedía una compra de ellos por el marido, como si no estuviera prohibido todo contrato entre marido y mujer; ó como si tal acto, que puede tener varios objetos, pudiese causar la presunción de derecho de un contrato celebrado.

Justiniano, que en las leyes del Código se muestra tan severamente católico, aceptó en el Digesto los fragmentos de los antiguos jurisconsultos que hablaban suponiendo la facilidad del divorcio perpetuo; y por otra parte quiso llevar adelante la ley *Papia* de Augusto contra el estado de viudedad, cuando en el mismo Código las segundas nupcias eran consideradas como una incontinencia ilícita.—*Matre jam secundis nuptiis funestata*, decía la Ley 3, Cód., *De secund. nupt.*, (Tit. 9º, Lib. 5º).

Entrelanto las Leyes Romanas y Españolas, comprendían que sus disposiciones sobre los bienes de la mujer, no eran conformes al fin y naturaleza del matrimonio. La ley Romana consideraba el matrimonio como un acto jurídico, que hacía común entre marido y mujer lo que hay de más sagrado é íntimo. Es la unión, decía del hombre y de la mujer en una suerte común: es la comunicación entre ellos del derecho divino y del derecho humano. (L. 1ª, Tit. 2º, Lib. 22, Dig.)—Hablando de los bienes de la mujer, el Código reconocía un principio contrario á sus disposiciones. *Bonum erat, dice, mulieremque se ipsam marito committit, res etiam ejusdem patri arbitrio gubernari.* (L. 8ª, Tit. 14 Lib. 5ª).—Lo mismo la Ley de Partida: *La mujer que mete su cuerpo en poder de su marido no le debe desamparar de su dote.* (L. 29, Tit. 11, Part. 4ª.)

Decimos que el motivo y el fin de las leyes sobre las dotes no es ya de nuestros tiempos. Ha desaparecido la eventualidad del divorcio perpetuo; y está por el contrario, reemplazado por la indisolubilidad del matrimonio. Lo que se hizo, pues, por un orden de cosas radicalmente diferente, conduce á resultados inaceptables. ¿Por qué no daríamos también privilegios iguales á los dotales, á los bienes de todas las mujeres solteras para que pudieran más fácilmente casarse? Una joven que está bajo de una tutela, no tiene otra garantía y privilegio para sus bienes, que una hipoteca fáctica de los bienes del tutor: pero cácase, y entonces recién comienzan los privilegios extraordinarios.

Otro orden de cosas ha sobrevenido después de esas leyes, que exige dejarlas sin efecto. Se comprende, dice Marcadé, que en una sociedad donde estén sacrificados los derechos de la mujer, la ley reconozca en su favor un privilegio extraordinario para compensar el poco derecho que le queda por la seguridad de la posesión. Se comprende también que donde la mujer en nada participe de la fortuna del marido, ó donde en virtud de una organización contraria al fin y á la esencia del matrimonio, su existencia material sea conservada en una esfera distintas, se comprende, decimos, que su haber inmueble conserve una existencia propia, y esté al abrigo de toda eventualidad desfavorable. Pero cuando la mujer, en lugar de encontrarse circunscripta á la misión de conservar participe de la facultad de adquirir; cuando en lugar de estar separada de la comunión conyugal en lo que concierne al derecho de bienes, sea elevada al rango de compañera y socia del marido, entonces desaparece el límite ficticio que divide la existencia de los esposos.

Goyena, sosteniendo estas mismas ideas, las concreta á la legislación española, y dice: «En España el matrimonio es indisoluble, siendo los casos de nulidad tan raros que no merecen tomarse en cuenta; por consiguiente, con la hipoteca legal de la mujer se favorece únicamente los segundos y ulteriores matrimonios, que precisamente, son mirados con poco favor, por ser los menos adecuados para el bien de las familias; falta por consiguiente el único fundamento que la ley romana tuvo para establecer aquel privilegio. Por otras consideraciones, además, se ve que no hubo la mayor discreción en extenderlo en nuestro país, porque en Roma apenas se conocía otro régimen que el do-



za el hablar de intereses antes del matrimonio, que parece empañaría el cariño puro y desinteresado que los lleva á unirse para toda la vida. El Código Civil no ha cedido á estas ideas, y con un criterio elevado ha legislado la convención matrimonial, que todavía no penetra en nuestras costumbres y permanece como letra muerta en nuestra legislación.

La convención matrimonial es un contrato consensual por el cual dos personas de diverso sexo que quieren unirse en matrimonio, reglan el ejercicio de ciertos derechos para el porvenir.

La convención matrimonial es el único contrato que puede influir directamente sobre el ejercicio de algunos derechos en el matrimonio, porque una vez que los esposos se han unido ante

tal para el matrimonio, y era razonable que entregando ella su dote al marido, y no participando del lucro de la sociedad, se procurase conservarle su capital, obligando á ello todos los bienes del marido. Pero en España el matrimonio es una verdadera sociedad de intereses: el marido es el gerente, la mujer está asociada en las ganancias; la dote de esta es el capital, que unido al de su marido sirve á este para todos los negocios; la equidad, pues, exigía que la mujer que participaba por mitad en las ganancias participase también de las pérdidas, á lo menos respecto de terceras personas, y siempre le quedara el privilegio de asegurar su dote sobre el capital que restase al marido ó sus herederos. No es la teoría sola la que así lo recomienda. En los países donde está recibida la costumbre de la sociedad conyugal, puede la mujer vender sus bienes inmuebles, y obligarlos mancomunadamente con su marido, de tal modo que no le queda ninguna acción contra tercero. Desconocido el carácter que tiene la mujer en el matrimonio, tal vez se le perjudica con el privilegio que se ha inventado para favorecerla porque interesada en las ganancias sociales, lo está, por consiguiente, en que el marido tenga la libertad necesaria para contratar, y aquel privilegio es una traba permanente de su libre acción.» (Sobre el art. 1790 de su proyecto).

En Inglaterra y en la mayoría de los estados que forman la confederación del Norte, las mujeres no tienen hipoteca sobre los bienes de sus maridos, y sólo se les concede el derecho de pedir que se prive á estos de la administración de los bienes dotal, cuando los disiparen ó fueren culpables en la administración.

En los últimos tiempos varios juristas, como Wolowsk, d'Hantefeulle, Mittermayer, Troplong y otros, han escrito en el mismo sentido que Marcadé y Geyna.

Las prácticas de los tribunales respecto de las leyes sobre la dote de la mujer han aumentado las dificultades de esta materia, creando la incertidumbre sobre la eficacia de esas leyes. Regularmente, cuando la mujer y el marido enajenan, ó hipotecan una finca dotal, el acto se tiene por válido, si á juicio del tribunal no hay una causa que lo invalide. Todo queda así en lo arbitrario, y lo más común es ver sentencias contrarias entre sí.

El sistema que adoptamos salva los intereses de la mujer; aunque le quitamos la inalienabilidad á sus bienes, facilitamos el medio para que la dote pueda siempre conservarse y salvarse también, no por un privilegio, sino por el derecho común reconocido á la propiedad. Y aún mas, la dejamos siempre á la mujer como acreedora personal del marido, para que en el caso de un concurso, ó por muerte del marido, tenga derecho á pedir el pago total de su dote, pero sin privilegio alguno. Salvamos así la necesidad de las hipotecas fáciles condenadas por la experiencia.



el oficial del Registro Civil, no pueden hacer contrato alguno, pues la mujer es considerada como incapaz y está bajo el poder de su marido.

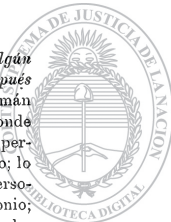
La incapacidad civil de la mujer responde á la necesidad de una dirección única en la familia, de una cabeza dirigente y de un jefe que gobierne; no la concebimos todavía como una asociada con igualdad de acción en los asuntos de familia ni en los de la vida civil, pero la instrucción y preparación que recibe, su juicio y reflexión madurarán con el andar del tiempo, y no está lejano el día en que sea la asociada del hombre con iguales derechos é igual facultad de obrar. Ya la sesuda Alemania le permite por el nuevo Código Civil contratar con su marido formando el contrato nupcial.

§ 346.—OBJETO DE LA CONVENCIÓN MATRIMONIAL

La convención matrimonial precede al matrimonio, por eso dice el (art. 1217): *antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:*

1° *La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio* (art. 1217, n° 1), y el reconocimiento hecho por ellos los obliga á considerar como bienes propios los que se hubieren declarado en la convención, sin perjuicio de que los terceros interesados puedan atacar como falsa esa designación.

(Art. 1217, n° 1.) Este contrato habría sido legislado con ventaja en el título del matrimonio, como lo hace Freitas. Hacer constar los bienes que cada uno lleva al matrimonio, tiene por objeto no sólo reglar los derechos entre los cónyuges y sus herederos, sino con relación á terceros, en caso de concurso del marido ó de la mujer comerciante autorizada. El Cód. Chileno, art. 1724, dice: «las capitulaciones matrimoniales designarán los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno»; porque comprender sólo lo que se aporta sin las deudas que disminuyen el haber es cometer un engaño, de que los acreedores podrán reclamar en caso de concurso, demostrando con documentos las deudas que lo disminuían.



2º *La reserva á la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva el matrimonio, ó que adquiera después por título propio* (art. 1217, nº 2). El Código Civil Alemán declara bienes reservados, cuya administración corresponde exclusivamente á la mujer: los que pertenecen á su uso personal, como los vestidos, alhajas é instrumentos de trabajo; lo que la mujer ganare con su trabajo ó por una industria personal; los que declare reservarse por su contrato de matrimonio; los que adquiere por sucesión, legado ó reserva que haya hecho el donante (arts. 1366 á 1369). La familia argentina está orga-

(Art. 1217, nº 2.) El marido es el administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal, y sólo por excepción pueden encontrarse algunos que estén sustraídos á este poder, que es al mismo tiempo un derecho y una carga desempeñada en beneficio común. Puede ser privado de la administración general en caso de separación de bienes, y sólo de alguno de ellos, cuando se le hubiere donado ó legado á la mujer con esa expresa condición, ó cuando ésta se hubiere reservado esa facultad en las convenciones matrimoniales.

La ley dice, la mujer puede reservarse la administración de algún bien raíz, lo que puede traducirse, por la de uno de los bienes que lleva al matrimonio, en el supuesto de llevar varios. ¿Y si sólo llevara uno? La mujer podría reservarse la administración de ese bien, porque se encuentra dentro de los términos de la ley. Goyena, art. 1240, sólo autoriza á estipular que la mujer perciba directamente y en virtud de simple recibo suyo una parte de las rentas para sus atenciones personales, comprendidas bajo el nombre de alfileres, disposición que no priva al marido de la administración, sino de una de sus facultades. El Cód. Chileno, art. 1720, autoriza «las capitulaciones para que la mujer administre una parte de sus bienes propios con independencia del marido»; el Código Argentino ha restringido esa facultad, pero no priva en caso alguno de ese derecho que la mujer puede reservarse. Por lo demás, las convenciones matrimoniales no han entrado en nuestros costumbres; la mujer se entrega por afecto, y así como le da su persona con su amor, pone en su mano los bienes que posee pareciéndole lo más natural; pero vendrán los tiempos difíciles en que sea necesario tomar estas precauciones. Sería válida la estipulación de percibir la mujer una renta de sus bienes propios, siempre que no pasare de lo que podría producir cualquiera de los bienes cuya administración pudo reservarse.



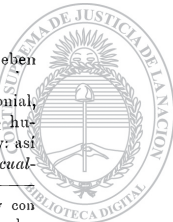
nizada casi bajo el mismo pie que la española de los tiempos coloniales; y si bien ha cambiado fundamentalmente en sus costumbres ganando la mujer en autoridad moral, está sujeta bajo el mismo régimen á la autoridad que ejercía el marido sobre ella, considerándola como incapaz.

3º *Las donaciones que el esposo hiciera á la esposa* (art. 1217, nº 3), porque la mujer no puede hacerlas á su marido.

4º *Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejen por su fallecimiento* (art. 1217, nº 4), y que no tendrán efecto si el matrimonio no se realizara. Esas donaciones no pue-

(Art. 1217, nº 3.) El Código, traduciendo nuestras costumbres que están impregnadas de un desinterés que honra nuestra sociabilidad, ha prohibido que la mujer dote al marido; lo que el Dr. Velez Sarsfield ha traducido de una manera gráfica al decir: que importaría comprarse un marido, acto indigno que la ley no debe proteger; en lo que estamos de perfecto acuerdo, tratándose del estado actual de nuestro país, cuyas necesidades debe traducir la ley; pero para ser consecuente no ha debido permitir que el marido dote á la mujer, porque eso importaría comprarse una, y si es indigno que la mujer compre al marido, lo es también el que se venda. Hacer esta diferencia es consagrar el principio de la esclavitud de la mujer, en que era vendida por los padres, con la diferencia que el precio al presente no pasa á ellos y queda en beneficio de la misma. La dote, tal como la entienden las sociedades civilizadas, es creada en beneficio de la mujer que adquiere mayores respetos y libertades. No estamos conformes con los principios consagrados por el Código.— Véase nota 1231.

(Art. 1217, nº 4.) Pueden hacerse donaciones para después de su fallecimiento, pero estarán sujetas á lo dispuesto en el Título *De las Donaciones*, y para juzgarse inoficiosas se atenderá á lo dispuesto en los arts. 1830 y 1831, pero con arreglo á lo dispuesto en el 3602. Véase nota al art. 1232. Este inciso es una excepción al art. 1790. Goyena, al art. 1246, dice: «Las donaciones en abstracto son el género; los matrimoniales una especie de este género, y es natural que se gobiernen por las mismas leyes.» Y si no hubiera una limitación habría el peligro de defraudar á los herederos forzosos de su legítima; lo que sería muy fácil atendiendo á la pasión dominante que puede llevar á uno de los cónyuges al celebrar el matrimonio.



den perjudicar la legítima de los herederos forzosos, y se deben reducir á la porción disponible.

Y tan restringida es la esfera de la convención matrimonial, que las hechas fuera del límite fijado son como si no hubieran existido, porque van contra la prohibición de la ley: así dice el (**art. 1218**): *toda convención entre los esposos sobre cual-*

(**Art. 1218.**) Se ha creído comprender en esta disposición y con las palabras, «cualquier objeto relativo al matrimonio», las cláusulas que fueran depresivas del poder marital ó del paterno, ó los derechos conferidos por la ley al sobreviviente de los esposos ó para el caso de incapacidad de algunos de ellos; pero habría sido más claro una disposición como la de los arts. 1388 y 1389 del Cód. Francés, ó la del art. 1242 de Freitas. Las convenciones matrimoniales no pueden tener por objeto, ni la celebración del matrimonio, ni su disolución, nulidad, divorcio ó separación judicial de bienes, que se consideran como materia de orden público que las partes no pueden alterar. Se encuentran en las mismas condiciones, las cláusulas que tuvieran por objeto alterar el orden de la sucesión de los cónyuges con relación á sus descendientes ó ascendientes, ó cuando la alteración tenga lugar entre los herederos entre sí, sin perjuicio de las mejoras que pudieran hacerse.

Quedará comprendida en la prohibición toda y cualquier alteración que se pretendiera hacer con relación á la mayor edad, emancipación ó tutela de los hijos, aunque esto no sea un objeto relativo al matrimonio; así como de conservarse la mujer unida so pena de perder la dote ó las donaciones que se le hicieren, ni las estipulaciones que fueren contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por las leyes. No se puede estipular que la mujer obrará sin autorización del marido en los casos en que las leyes exijan esa autorización, ni podrá darse una general que no sea susceptible de ser revocada, cuando el marido lo juzgue conveniente, sin que se entienda alterar la convención matrimonial. No se puede renunciar el derecho á los gananciales, ni á los que resulte de la administración del marido, siendo esta disposición contraria á la del art. 1714, del Cód. Chileno, que la permite y que consideramos más jurídica, porque comprende los bienes que deben adquirirse por el sólo esfuerzo ó inteligencia del marido.

Cuando los futuros esposos fueran menores de edad, la convención matrimonial se hará con autorización de sus padres ó tutores, y no podrían renunciar los derechos que les correspondan. Cualquier cláusula que fuere contra la prohibición de las leyes, no anulará

quier otro objeto relativo á su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte á favor del otro, ó del derecho á los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor, y si bien podría explicarse la prohibición respecto de los gananciales que suelen ser una consecuencia del esfuerzo común, no se podría sostener una prohibición absoluta sobre cualquier otro objeto.

La ley, siguiendo la ficción de que marido y mujer se consideran como una misma persona, ó de que la mujer por el hecho de casarse pierde su capacidad de obrar, ha prohibido cualquier clase de contrato entre los esposos, diciendo: *ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio, ni el que se hubiere hecho antes podrá ser revocado, alterado ó modificado* (art. 1219); así es que las convenciones matrimoniales quedarán inalterables.

la convención; sólo se considerará como no puesta.—Comp. Cód. FRANCESES, art. 1388. FREITAS, art. 1242, GOYENA, art. 1239, y Cód. CHILENO, arts. 1717 á 1720.

Cuando el matrimonio y el contrato nupcial se hubieran celebrado en otra nación donde fuere permitido estipular lo que prohíbe este artículo, no tendrá su aplicación en nuestro país en lo que se opusiere á las leyes nacionales, siempre que se debiera ejecutar en él. La convención matrimonial como contrato está sujeto á todas las condiciones de éstos.

(Art. 1219.) La prohibición no sólo comprende al contrato hecho y que pretendiese modificarse, sino á cualquier otro que quisiera hacerse, y tiene por efecto dar á las convenciones matrimoniales un carácter de estabilidad y de irrevocabilidad, poniéndolas á cubierto de cualquier cambio que intentara operarse en adelante, así es que sería nula cualquier convención posterior al matrimonio, y como dicen Aubry y Rau, § 503, n° 3: «esta nulidad se refiere aun á los actos que según la declaración de las partes, tuvieran por objeto fijar de común acuerdo ó en forma de transacción, las cláusulas del contrato; pero que en realidad modificaran ó desautorizaran las estipulaciones.» Tampoco podrían renunciar ninguno de ellos á las estipulaciones que los terceros hubieran hecho en su favor en el mismo contrato. Algunos se preguntan si esta nulidad es absoluta ó relativa, y nosotros que hemos rechazado con el Código esta clasificación, decimos: que el acto es nulo porque la ley lo pena con nulidad, y aunque no lo pensase sería hecho



§ 347.—DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LAS
CONVENCIONES

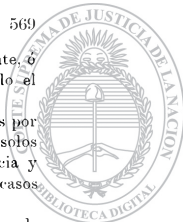
Los esposos, como interesados directamente en el matrimonio y en las consecuencias que produce, deben figurar neces-

contra la prohibición expresa y no tendría efecto; y como toda nulidad puede ser cubierta por la confirmación siempre que haya desaparecido el obstáculo, el contrato posterior puede confirmarse después de la disolución del matrimonio.

La nulidad de una convención matrimonial posterior ó modificando la existente, no anularía las particulares que tuviera, ni las donaciones de bienes presentes que los terceros hicieran á los esposos. La ciencia reacciona contra estas ideas, teniendo presente las condiciones intelectuales de la mujer, y el papel que desempeña en los destinos de la humanidad, habiéndola elevado á la altura del hombre y conquistado el derecho á una independencia que se concilia con el poder marital ejercido hasta donde es necesario para la unidad de miras y los ideales de la familia. El Cód. Civ. Alemán, art. 1432, autoriza á celebrar las convenciones matrimoniales antes ó después del matrimonio, y consideramos preferible exponernos á los peligros de la libertad, que conservar ese régimen negativo y absoluto que supone en la mujer casada la falta de libertad para modificar su condición respecto de sus bienes.—Véase FREITAS, art. 1251.

Algunos han creído que la prohibición de revocar ó modificar la convención, una vez que ha tenido lugar el matrimonio, sólo tenía efecto contra terceros y no respecto de los mismos esposos, lo que destruiría por su base la disposición del artículo. Las convenciones son y deben ser inalterables una vez que el matrimonio se ha realizado, no porque sea un medio de evitar los fraudes contra los terceros, sino porque se alteraría la estabilidad en que debe reposar la familia, y sobre todo porque el legislador ha supuesto con alguna razón, que dada la autoridad del marido y la natural y legítima influencia que tiene en la familia, la mujer no tendría bastante libertad para resistirse; sobre todo la ley la incapacita y el marido no podría contratar con una persona que se encuentra sometida á su autoridad; sin embargo, no estamos con estas ideas. La convención matrimonial queda, pues, inalterable para los cónyuges y terceros una vez que se ha celebrado el matrimonio y ninguno de los esposos puede renunciar á las ventajas que los terceros hubieran hecho en las convenciones en que han intervenido.





riamente en las convenciones nupciales, sea personalmente, ó por apoderado; si alguno no hubiere estado representado el acto sería de ningún valor.

Si los esposos fueren menores de edad, serán asistidos por sus padres ó tutores; pero éstos no pueden proceder por sí solos como en todos los demás actos, y necesitan de la presencia y del consentimiento de los interesados; este es uno de los casos en que la persona del menor debe intervenir.

Cuando se tratare de las donaciones que el esposo menor de edad hiciera á la esposa, el acto no podrá tener lugar sin previa autorización de los padres ó la judicial.

Si el contrato se hubiera realizado sin la intervención de alguno de los esposos, la nulidad podrá ser alegada, no sólo por el que no concurrió, y por los terceros á quienes perjudicase la convención, sino aun por el que intervino personalmente, porque el acto se reputa como si no se hubiere realizado. Un contrato semejante es susceptible de ratificación mientras el matrimonio no se hubiera celebrado, pero una vez realizado no podrá ratificarse; sin embargo, nada impide que después de la disolución del matrimonio, los herederos del cónyuge fallecido y el sobreviviente puedan aprovecharse de lo pactado ratificando el acto; pero sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

La capacidad de la persona para contraer matrimonio no siempre lleva consigo la de enajenar sus bienes, y entre nosotros es general que la mujer se case en la menor edad, y por eso los padres ó tutores tienen una intervención directa.

El sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, y á quien la ley de matrimonio civil, por un error incomprensible, autoriza á celebrar el matrimonio con el consentimiento de sus padres ó tutores, es incapaz absolutamente de obrar, porque no tiene voluntad, y para la enajenación de sus bienes necesita, no sólo de la autorización del que lo tiene bajo su poder, sino también de la del Juez.

La capacidad para celebrar las convenciones matrimoniales queda sujeta á las reglas del derecho común.

La nulidad de las convenciones matrimoniales por falta de



intervención de alguno de los cónyuges, ó por su incapacidad, no se reputará cubierta por la celebración posterior del matrimonio, ni importará una confirmación tácita.

Cuando las convenciones matrimoniales se hubieran celebrado fuera de la República y los esposos vinieren á residir en ella, no serán válidas si fueran sobre otros objetos que los señalados en el art. 1217, porque se debe atender á la capacidad de derecho de los agentes, así como á lo que nuestras leyes permiten en nuestro territorio; por consiguiente, *la validez de las convenciones matrimoniales hechas fuera de la República, será juzgada por las disposiciones de este Código respecto á los actos jurídicos celebrados fuera del territorio de la nación (art. 1220).*

(Art. 1220.) Para ser lógico, tratándose de un contrato, debía aplicarse las disposiciones relativas á los que se hicieren fuera del país. El artículo habla de la validez de las convenciones hechas fuera de la República, que son regidas en cuanto á la capacidad de obrar de los agentes por las leyes del lugar donde lo celebran; pero con relación á la capacidad de derecho se aplicarán siempre nuestras leyes. Una convención celebrada por incapaces de hecho en la nación donde la realiza, no sería válida entre nosotros, aunque por nuestras leyes fueran capaces. Con relación á la naturaleza y obligaciones que produce la convención matrimonial, debe ser juzgada por nuestras propias leyes, lo que es una excepción al principio general del art. 1205.

La convención nupcial que se pudiera modificar ó variar según las leyes del país donde se celebró, no lo sería en el nuestro, porque se trata de la capacidad de derecho regida por nuestras propias leyes, y mientras estuvieran los esposos domiciliados en la República se consideraría inalterable. Si por la convención misma se facultare á los cónyuges para alterarla, tampoco lo podrían hacer, pues siendo la autorización contra una ley prohibitiva nacional, ninguna autoridad podría levantarla, porque es una disposición de orden público. Si las modificaciones fueran favorables en el sentido de nuestras leyes, siempre nos encontraríamos con que la mujer incapaz no podría realizar con su marido un acto que modificara lo hecho cuando fué capaz.

El artículo es el 1253 de Freitas sin que se encuentre variación que pueda dar mayor claridad á la disposición; porque si ha suprimido lo relativo á las convenciones hechas en la República, es porque era innecesario expresar que se rigen por las leyes de esta.



Los contratos de matrimonio de personas que tengan impedimento para casarse, son nulos, aunque el impedimento cesare después ó fuere dispensado, y se celebre el matrimonio (art. 1221);

(Art. 1221.) Este artículo pierde mucho de su interés con la sustancial alteración que ha sufrido el título del matrimonio. No hay al presente impedimento dispensable, ni autoridad que puede dispensar los que existen. Siendo los impedimentos de tal naturaleza que no se puede celebrar el matrimonio posterior, apenas pueden ocurrir los casos siguientes: Cuando uno de los cónyuges fuera loco; si existiera un matrimonio anterior; si la mujer tuviera menos de 12 años y el varón menos de 14 y finalmente, cuando fuera el autor voluntario ó cómplice de homicidio de uno de los cónyuges; en todos estos casos la convención matrimonial celebrada sería nula, aunque desapareciendo la causa que impedía el matrimonio, éste tuviera lugar. La ley no puede aceptar la convención hecha por un individuo casado, para celebrar otro matrimonio, aunque muerto el cónyuge lo contrajere nuevamente.

Se ha confundido por algunos el *impedimento* con la *incapacidad de obrar de los agentes*, tratando de defender la teoría del artículo, que no era verdadera cuando existían los impedimentos dispensables.

La ley de matrimonio civil debió contener la corrección necesaria en todas las instituciones del Código que se relacionaban con la reforma fundamental que introducía, haciendo desaparecer estos lunares que afean la obra. Así, se debió corregir el art. 311, que habla de la *dispensa*, el 1318 que se refiere a la celebración del matrimonio por el *párraco*, el art. 340 que queda suprimido y los arts. 341, 342, 343 y 344 que hablan de los hijos sacrilegos, que no existen, y tantos otros que han venido á quedar reformados por la nueva ley.

¿Qué diríamos de la convención matrimonial en un matrimonio *in extremis* falleciendo el enfermo dentro de los 30 días? El Dr. Llerena es de opinión que las estipulaciones quedarían sin efecto, por la misma razón que se priva al sobreviviente de derechos sucesorios. La convención matrimonial no da derechos sucesorios, que sólo el matrimonio hace nacer, ella tiene por objeto determinar los bienes que los esposos llevan al matrimonio; las donaciones que le hiciera á la esposa ó las que ambos se hicieren para después de su fallecimiento; no hay el temor que inspiran esos matrimonios *in extremis*, realizados por el solo deseo de suceder; las donaciones no pueden exceder de la parte disponible, es como si el moribundo hiciera testamento y dispusiera de aquello que la ley le permite. Declarar nulas las conven-

así, una convención matrimonial con una persona casada, que en seguida enviudara, casándose con la misma con quien la celebró, sería de ningún valor.

El menor que con arreglo á las leyes pueda casarse, puede también hacer convenciones matrimoniales sobre los objetos del art. 1217, concurriendo á su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita para contraer matrimonio (art. 1222).

ciones matrimoniales, sería como anular el testamento que generalmente se hace en esas condiciones. Además de estas razones, tenemos la muy principal, de que en parte alguna del Código se declaran nulas tales capitulaciones y es una regla de interpretación, que todo lo que restringe la libertad del individuo, debe tomarse en sentido limitado y jamás crearse nulidades por implicancia. Por esto opino, que las convenciones nupciales con todas las condiciones de la ley, deben ser válidas en ciertas circunstancias, siempre que sean seguidas del matrimonio.—FREITAS, art. 1239.

(Art. 1222.) El artículo resuelve las dificultades que parecen existir, entre la facultad concedida al menor para celebrar convenciones matrimoniales, que pueden contener enajenaciones de bienes raíces que el esposo donare á la esposa, con consentimiento de su padre ó tutor y la que resulta de los arts. 297 y 441 en que el padre ni el tutor pueden enajenar los bienes raíces del menor sin autorización del juez é intervención del ministerio de menores. Dice claramente: se le concede facultad para hacer convenciones matrimoniales sobre los objetos del art. 1217 sólo con el consentimiento de los que deben darlo para celebrar el matrimonio; y se comprende esta excepción de tanta importancia, por cuanto la enajenación de los bienes para dotar á su esposa, no sólo no perjudica á la legítima de sus ascendientes, sino que está destinada á pertenecer á sus hijos, así dicen Aubry y Rau, § 502, n° 3, «el menor habil para contraer matrimonio, puede con el consentimiento y asistencia de las personas que deben dársele para casarse, no solamente reglar con toda libertad sus convenciones matrimoniales, sino aun hacer en favor de su futuro consorte toda clase de donaciones simples ó recíprocas, á que estaría autorizado si fuera mayor». El Código al determinar el modo cómo debe darse el consentimiento al menor, ha traducido las palabras francesas: *qu'il ait été assisté*, por concurrencia al otorgamiento, mientras debe tomarse en el sentido el art. 1398, Cód. Francés. La concurrencia no





§ 348. — DE LAS FORMAS DE LAS CONVENCIONES

Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, si el valor de los bienes pasare de mil pesos, ó si constituyeren derechos sobre bienes raíces (art. 1223, 1ª parte); pero con relación á las que se celebraren en el ex-

debe entenderse como lo expresan Aubry y Rau, en el sentido de la presencia individual y real, sino de que «la intervención de esas personas, puede ser válidamente suplida por medio de un acto auténtico, que contenga en detalles las convenciones y disposiciones á las que prestan su asentimiento»; por consiguiente, el poder dado para estos actos debe ser especial y no podría hacerse representar por un mandatario que tuviera poder general por ilimitado que fuera. La convención nupcial otorgada por el menor sin el consentimiento de sus padres ó tutores, ¿será nula ó anulable? Freitas, art. 1240 las declara nulas, y á pesar de su reconocida autoridad, no adopto su opinión, porque tratándose de la capacidad de hecho, se ha establecido en el art. 1164, que sólo los incapaces pueden alegarla, lo que induce á considerarlas válidas mientras no fueran reclamadas. Las convenciones matrimoniales, salvo sus peculiaridades, se rigen por las disposiciones de los contratos. Es una nulidad relativa, como se dice generalmente, para expresar la idea de un acto anulable. La nulidad del contrato de matrimonio, dicen Aubry y Rau, «que resulta del defecto de capacidad de uno de los esposos, es simplemente relativa en el sentido de que el esposo que gozaba de la capacidad necesaria, no puede oponerla á su consorte, y que desde luego la cláusula y estipulaciones del contrato deberán servir de base á la liquidación de sus derechos respectivos, si lo pide el incapaz ó sus herederos». El art. 1721, Cód. Chileno, exceptúa las estipulaciones en que el menor enajene bienes raíces ó los grave con hipoteca, censos ó servidumbre, pues exige la autorización del juez.

(Art. 1223.) Esta es la aplicación del art. 1184, n° 4, con la diferencia que allí se expresa la idea con más exactitud, porque debe extenderse en escritura pública toda convención matrimonial, cualquiera que sea su valor; el presente artículo autoriza á hacerla privada cuando los bienes no pasaren de 1000 pesos.

Quando la mujer se reservara la administración de algún bien llevado al matrimonio, ¿será necesario avaluarlo para saber si puede ha-



tranjero, serán válidas aunque se hicieran en instrumento privado, si esa forma fuera admitida en el país donde se celebró;

cerse la convención privadamente? Sí; pero reputo más acertado exigir con el art. 1184 la escritura pública; sin embargo, se admitirá la excepción del artículo; si los bienes que se donaren ó sobre que versare la convención no pasaren de mil pesos, podrá hacerse privadamente. Este es uno de los casos en que la forma coincide con la prueba (como en los testamentos) y la convención valdrá como obligación de hacer escritura pública; porque si bien la ley le ha impuesto pena de nulidad, también lo ha hecho con todos los contratos señalados en el art. 1184, y no obstante el 1185 concede el derecho de exigir escritura pública. El caso es imposible que suceda, porque un pleito entre los futuros esposos por las convenciones matrimoniales desharía el matrimonio proyectado.

Cuando se faculta al juez para hacer las convenciones, no habiendo escribano, se debe entender que es el juez de paz, como en el caso del art. 3635. Si hubiere escribano y estuviere ausente ó imposibilitado podría hacerlo el juez, pero ¿se anularía si se probase que hubo escribano y que no estaba imposibilitado? No, porque si bien es cierto que la facultad concedida al juez de paz es para cuando no hubiera escribano público, y los contratantes no pueden por propia voluntad cambiar los términos de la ley, también lo es que el juez es un sustituto necesario y está autorizado para hacerla, en defecto de escribano. La forma del acto ofrece las mismas garantías de autenticidad que si fuera hecho por escribano.

Como escritura pública debe tener todas las condiciones de esta cuando la hace un escribano. Cuando se autoriza para hacerla privadamente ante dos testigos, ese documento debe valer contra terceros, porque no se trata de una confesión sino de un reconocimiento del marido conforme con la convención nupcial extendida en la forma determinada por la ley, como expresamente lo dice el art. 1229. Así, pues, la confesión del recibo de una dote que no pase de mil pesos, puede hacerse por instrumento privado ante dos testigos, y el reconocimiento del marido y testigos perjudicará á terceros, pues sería singular que la ley autorizara á realizar un acto en esa forma para desconocerlo después. La escritura pública es necesaria si se constituyesen derechos reales sobre bienes raícescualquiera que fuera su valor. — Comp. GOYENA, art. 1242 y 1244. Cód. DE CHILE, art. 1716. El Cód. FRANCÉS, art. 1394.



porque es una regla general de que las formas de los actos son regidas por las leyes del lugar donde se verifican.

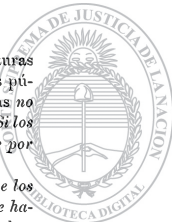
La escritura pública debe ser extendida con arreglo á las solemnidades establecidas para esos instrumentos, y *debe expresar los nombres de las partes, los de los padres y madres de los contrayentes, la nacionalidad de los esposos, su religión, su edad, su domicilio y su actual residencia, el grado de parentesco si lo hubiere, la firma de los padres ó tutores de cada uno de los contrayentes, si fuesen menores, ó la de un curador especial cuando los padres hubieren rehusado su consentimiento al matrimonio, y fuere suplido por el Juez (art. 1225)*; pero ninguna de estas condiciones son esenciales, ni anulan la escritura, y se atenderá, por consiguiente, á lo preceptuado en el art. 1004.

Freitas, art. 1244, exige la escritura pública so pena de nulidad para evitar dificultades, y suponiendo que en el lugar donde hay un oficial del Registro Civil para celebrar el matrimonio debe haber escribano, pues sino lo hubiere, que las partes vayan donde exista.

El presente artículo autoriza al esposo para hacer donaciones á la esposa en documento privado, siempre que no pase de mil pesos. ¿Cómo debe considerarse esta disposición en presencia del art. 1810? Como una excepción al principio de que deben hacerse en escritura pública ó ante el juez del lugar; porque se trata de un contrato que precede á uno de los actos más transcendentales de la vida, y porque lo dado á la futura esposa es para la constitución de la familia. El art. 1810 habla de la forma de las donaciones en general, y este se refiere á una clase especial.

(**Art. 1225.**) Este artículo habla de la convención matrimonial y no del contrato de matrimonio. Como se expresó en la Instituta, notas 186 y 187, estas formalidades rigen igualmente para las convenciones privadas en los casos del art. 1223, y con relación á las escrituras públicas deben tener, como dice Freitas, art. 1245, las solemnidades comunes á las de esa especie, y además las condiciones expresadas en el artículo. Si la escritura se hiciere faltando á las enunciaciones indicadas será no obstante válida, si tuviere las del art. 1004. Cuando los padres rehusaren su consentimiento sin razón legal, y el juez autorizase el matrimonio, nombrará á los menores un curador especial con las mismas facultades de los padres, y el menor podrá hacer convencio-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1223.—Cód. de Chile, art. 1716.



Como una excepción á la regla general de que las escrituras públicas deben hacerse en el protocolo por los escribanos públicos, las convenciones matrimoniales pueden ser hechas *no habiendo escribanos ante el Juez del territorio y dos testigos. Si los bienes no alcanzaren á la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada, ante dos testigos (art. 1223, 2ª parte).*

Si no hubiese escritura pública ó privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio se juzgará que éste se contrae haciendo comunes los bienes muebles y las cosas fungibles de ambos, y disuelta la sociedad se tendrán como bienes adquiridos durante el matrimonio. Lo mismo se juzgará si no hubiere prueba por escrito de los muebles y cosas fungibles que durante el matrimonio adquieran marido ó mujer por herencia ó legado ó donación (art. 1224). Como la presunción se funda en una suposición

nes matrimoniales. Cuando alguno de los contrayentes fuere representado por otro, debe presentar el poder especial y será transcripto en el protocolo ó se hará la referencia á la foja en los casos del art. 1003.— Véase FREITAS, art. 1245.

(**Art. 1224.**) La redacción algo difusa de este artículo ha dado lugar á dudas. Supone el caso en que no haya escritura pública ni privada, y en lugar de decir que á la disolución de la sociedad todos los bienes se consideran gananciales, salvo la prueba en contrario, entra en detalles oscureciendo el pensamiento. Habla de los bienes inmuebles y de las cosas fungibles, como si de esa regla estuvieren excluidos los inmuebles y las cosas no fungibles. Los bienes muebles y las cosas no fungibles, valiéndonos de la terminología del artículo, están sujetos á la misma regla que los inmuebles y las cosas no fungibles cuya adquisición particular por uno de los cónyuges debe probarse que fué hecha por donación, herencia ó legado, debiendo ser la prueba escrita y rechazando implícitamente las otras clases.— Véase nota al art. 1263.

El inmueble comprado por la mujer durante el matrimonio, como cualquier otro, es ganancial, art. 1272, á menos de constar en la escritura haberlo hecho con dinero de la mujer y para ella, expresándose como le pertenece ese dinero y que hace la compra con su consentimiento, art. 1246; por consiguiente, debemos atenernos á la regla

(**Art. 1223.**) Véase pág. 573.



razonable de que los esposos han querido establecer la comunidad de los muebles y cosas fungibles que lleven, se autoriza la prueba contraria.

§ 349.—CONVENCIONES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES

El marido es el administrador de todos los bienes del matrimonio, siendo esta facultad un derecho, y una carga á la vez, inherente á la potestad marital, y necesaria para la armonía del hogar. Apenas se comprendería una familia en que la mujer administrase los bienes propios que ha llevado al matrimonio con completa independencia del marido; así es que *la esposa no podrá reservarse la administración de sus bienes, sea de los que lleve al matrimonio, ó sea de los que adquiriera después por título propio (art. 1226 1ª parte)*. Esta regla sólo tiene dos excepcio-

siguiente: si no hay convención matrimonial, todos los bienes de la sociedad serán comunes, salvo cuando se demostrase por escrito que algunos de ellos los ha adquirido particularmente por legado, herencia ó donación. En cuanto á los adquiridos antes del matrimonio puede demostrarse por documento privado, y si son muebles ó cosas fungibles podrán oponerse á los terceros, cuando la fecha sea cierta, con arreglo al art. 1035, si fuere anterior á las acreencias de éstos; salvo la convención nupcial privada á que se refiere el artículo anterior. El Cód. Chileno, art. 1718, es más esplicito al declarar, que no habiendo pacto escrito, los bienes se tendrán como comunes, á menos de probarse que los hubieron particularmente por legado, herencia ó donación, arts. 1725, nº 5, y 1726.

(**Art. 1226.**) Esta es una repetición de lo establecido en el artículo 1217, nº 2, con la agregación de la última parte, ó de los que el esposo le donare. Puede, pues, la mujer reservarse la administración de un bien raíz en los casos siguientes: 1º, de los que lleva al matrimonio, aunque sea uno sólo; 2º, si no se hubiere reservado ese derecho de los bienes presentes, podrá estipular que se reserva alguno de los que adquiriese por compra con su dinero, ó por donación, herencia ó

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1224.—Los bienes muebles ó cosas fungibles aportados al matrimonio por la mujer se consideran comunes, sino constase su existencia por escritura pública ó privada, salvo las acciones de la esposa como simple acreedora.—Jur. Com., III, 164, Sér. 1ª.



nes: 1º, cuando la mujer se hubiere reservado en la convención matrimonial la administración de algún bien raíz ó de los que el esposo le donare (**art. 1226**, 2ª parte); 2º, si la mujer después de celebrado el matrimonio adquiriese bienes por donación, herencia ó legado, los donantes y el testador pueden imponer la condición de no ser recibidos y administrados por el marido, y la mujer podrá administrarlos con su licencia, ó con la del Juez, si el marido no se la diere, ó no pudiere darla (**art. 1227**).

legado, y éste es el título propio de que habla el artículo; 3º, puede reservarse la administración de uno de los bienes que le hubiere donado el esposo.

Cuando tuviera la administración de algún bien, no tiene necesidad de la autorización del marido para los actos de mera administración; así, podrá hacer contratos de arrendamiento; pero si la mujer fuera menor de edad no podrá administrarlos sin la asistencia de un curador especial nombrado al efecto. No podrá tomar dinero prestado respondiendo con dicha administración. La doctrina aceptada por el Código es muy adelantada, pues, permite á la mujer la administración de algún bien con completa independencia del marido; pero quedará como letra muerta, porque no entra en nuestras costumbres. La ley 8, tit. 14, lib. 5, Cód. Romano, dice: «es bien que la mujer que se ha confiado á un marido, le confie también la administración de sus bienes»: principio que la Ley de Partida traducía así: «la mujer que mete su cuerpo en poder de su marido no debe desapoderarlo de su dote.» Y en efecto, una mujer sometida al poder marital, con completa sujeción á su marido, ¿cómo puede tener libertad é independencia para administrar, aunque sea uno de sus bienes? Y si tiene necesidad de salir y andar por su administración, ¿cómo se conciliaría esta libertad con la sumisión? Es preferible una disposición como la propuesta por Goyena, art. 1240, de percibir directamente una parte de la renta, sin tener la administración.—Comp. Cód. Chileno, art. 1720, y nuestros arts. 1257 y 1276.

(**Art. 1227.**) La mujer no puede aceptar la herencia sin autorización del marido, art. 3334, y si no quisiera darla, el juez la otorgará. Cuando el testador ó donante hubiere impuesto la condición de que la mujer administrará los bienes, ésta necesitará de la autorización del marido, ó de la judicial si no quisiera darla, y aquí volvemos sobre las

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1226.—Véase Cód. de Chile, art. 1720.

La administración de los bienes, sea que pertenezcan al marido, ó á la mujer, en nada alterará la comunicación de los frutos que corresponden á la sociedad conyugal.

§ 350.—DE LOS BIENES LLEVADOS AL MATRIMONIO — SU PRUEBA

Se ha dicho que el detalle de los bienes llevados al matri-

ideas desarrolladas en la nota anterior, del peligro que hay en conceder semejantes facultades á las personas extrañas para que puedan alterar la paz del hogar. Habría sido más conveniente establecer, que en semejantes casos se entenderá que los bienes deben ser administrados por un curador especial.

La licencia comprenderá todo lo que se refiera á la administración; pero si tuviere que comparecer en juicio por razón de esa administración, como cobro de arrendamientos, cumplimiento de contratos, etc., necesitará de una autorización especial. Véase nota al art. 54, *Matr. Cív.* I, 352. Si el marido negare autorización á la mujer para estar en juicio, en caso esta tuviera la administración de algun bien alegando razones atendibles, el juez debe tomarlas en consideración, y si él la diera, la mujer comprometerá sus bienes propios, sin que puedan recaer sobre los de la sociedad conyugal.

Freitas, art. 1352, no faculta á los donantes ó testadores para privar al marido de la administración que legítimamente le corresponde, sino cuando no diere hipoteca especial de inmuebles equivalentes. La disposición del art. 294 se comprende, porque los bienes dejados á los hijos menores con la condición de no ser administrados por los padres, lleva implícita la facultad de serlo por un tutor especial, y en nada disminuye la autoridad paterna, lo que apoya nuestra crítica á la doctrina del artículo. En el presente caso la mujer se sustrae á la dependencia y sumisión debida al marido, pudiendo ser esto una fuente de disturbios en el hogar. La administración podrá ser autorizada por el juez, cuando el marido estuviera ausente. Si la mujer tuviere la curatela de su marido, no necesitará de autorización especial para administrar los bienes adquiridos por herencia ó donación, aunque no podrá aceptar la herencia sin esa autorización, sino con beneficio de inventario. Cuando tuviere la curatela de su marido, ¿necesitará autorización judicial para estar en juicio? Creo que sí, como la necesitaría para enajenar los bienes propios ó de la sociedad ó del marido, art. 1285, 1302, y el estar en juicio no es un acto de administración, pues compromete los intereses bajo su guarda.—Véase nota al art. 476.





monio debe hacerse constar en escritura pública, admitiéndose en ciertos casos el instrumento privado. Cuando hay escritura pública ésta hará fe contra los terceros, no así el documento privado que sólo obligará desde que adquirió fecha cierta. *Con relación al marido y á sus herederos, la confesión del recibo de la dote, en cualquier forma que sea hecha, probará la obligación de restituirla á la mujer ó sus herederos (art. 1228);* sin embargo,

(Art. 1228.) La confesión judicial del recibo de la dote hecha por el marido, no producirá efecto contra los acreedores de la sociedad conyugal anteriores á esa confesión, pero sí contra los posteriores. Los herederos del marido tendrán que aceptarla tal como fué hecha, y si fuere atacada porque perjudicase á su legítima forzosa, la mujer podrá demostrar la verdad por cualquier medio de prueba, sin exceptuarse la de testigos. Sería sumamente peligroso autorizar estas confesiones ó documentos privados hechos por el marido con perjuicio de sus otros herederos forzosos, y por eso exigimos la confirmación de la confesión para evitar fraudes probables y pedimos otras pruebas, pues también sería injusto que la mujer que ha aportado toda su fortuna al matrimonio en numerario ó en títulos de renta del Estado, se viera privada de ellos por no haber hecho convenciones nupciales, que no han entrado en nuestra costumbres. El art. 1260 autoriza esta prueba en caso de concurso, con excepción de la confesión judicial.—Véase la nota á dicho artículo.

Se trata de la restitución de la dote que el marido confiesa haber recibido, no de las donaciones que éste pudo hacer á la mujer, las que sólo se probarán por escritura pública ó documento privado firmado por dos testigos cuando no pasaren de mil pesos. No bastará, pues, que la confesión perjudique las legítimas para reducirlas, es necesario atacarla como falsa por los herederos y si exigimos otras pruebas de esta confesión, es porque con ella sola no se puede privar á los herederos de su legítima forzosa. Debe tenerse presente que es una deuda del marido y los herederos deberían, en la generalidad de los casos, aceptar la confesión de su causante.—FREITAS, art. 1352, n° 17.

Goyena, art. 1293, n° 3, rechaza la confesión del marido para el caso de perjudicar á los herederos forzosos por las circunstancias, dice, de ser la legítima una deuda natural y legal, que no puede hacerse ilusoria directa ni indirectamente; como si no fuera tan natural y legal el devolver lo que él recibió de la mujer, siempre que se demuestre la verdad de la confesión. Lo único que debe impedirse es que el reco-



si la confesión perjudica la legítima de los herederos del marido, pueden rechazarla exigiendo prueba.

En relación á los acreedores del marido, la confesión del recibo de la dote no les perjudicará sino en los casos siguientes: 1º, cuando constare ésta en las convenciones nupciales (art. 1229, 1ª parte), sea que fuere en escritura pública ó privada cuando la ley las autoriza; 2º, si constare de escritura pública hecha antes de la celebración del matrimonio (art. 1229, 2ª parte); 3º, cuando se probare por escritura pública, testamento ó particiones, ó por otros instrumentos de igual autenticidad que la mujer adquirió los bienes cuyo recibo confiesa el marido (art. 1229, 3ª parte); 4º, cuando constare de documento privado hecho ante dos

nocimiento se haga en fraude de los herederos, y si se demuestra que no existe, éstos no tienen derecho para quedarse con la dote de la mujer. Nuestro art. 1260 autoriza esta prueba con razón.

(**Art. 1229.**) Para que la confesión del marido pueda perjudicar á los terceros acreedores, el recibo de la dote debe constar en la convención nupcial; si esta se hizo por documento privado firmado por dos testigos, cuando no pasare de mil pesos ni se constituyeren derechos sobre bienes raíces, debe valer contra los terceros, como lo dijimos en el art. 1223.

El artículo habla de otra escritura pública hecha antes de la celebración del matrimonio, lo que prueba que á más de la convención matrimonial los futuros esposos pueden hacerlas para dar recibo de la dote; pero no tendrá valor la hecha después de celebrado el matrimonio. La propiedad de la mujer sobre los bienes que reclama como suyos por haberlos recibido por herencia ó donación puede demostrarla, no por testamento como dice el artículo, sino por la partición judicial, porque si bien el testamento es un título, es necesario que conste la

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1228.—Los bienes comprados por el marido pendiente la sociedad conyugal, no pueden ser reivindicados por la esposa, si en la escritura de adquisición no se hizo constar que la compra se hacía con su consentimiento y expresándose como el dinero le pertenecía.—XX. 292.

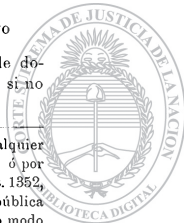
Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1228.—Corresponden á la esposa los bienes aportados al matrimonio, en caso de separación, aun cuando no exista escritura, siempre que judicialmente el esposo haya reconocido como cierto el hecho.—Jur. Civ., VII, 529, Sér. 1ª.

testigos, si no pasare de mil pesos; 5º, cuando constare de documentos hechos ante el Juez territorial y dos testigos si no hubiere escribano.

entrega de los bienes al marido. Podrá probarse también por cualquier documento auténtico donde conste la propiedad de la mujer; ó por escritura pública posterior al matrimonio, como dice Freitas, art. 1352, nº 21, cuando constase la promesa de la dote de escritura pública anterior; porque entonces no hay peligro de fraude; del mismo modo si constase de escritura pública anterior á una obligación condicional que viniera á cumplirse durante el matrimonio.

La última frase del artículo dice: «que la mujer adquirió esos bienes, cuyo recibo confiesa el marido», y precisa el alcance de la disposición, y la prueba debe contraerse á demostrar la adquisición. Los acreedores podrán anular esos actos si probaren que hubo simulación, dolo ó fraude. Téngase presente que el art. 1260 autoriza á probar la acreencia de la mujer por cualquier género de prueba menos la confesión, y que por consiguiente, si puede hacerlos valer contra los terceros acreedores, con más razón lo podrán hacer contra los herederos del marido, que representan su misma persona.—Véase la nota á dicho artículo.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1229.—La declaración del marido á favor de la mujer que pueda perjudicar á un tercero con quien esté en juicio y peudiente éste, es de ningún valor.—XX, 292.



CAPÍTULO II

DE LAS DONACIONES Á LA MUJER

§ 351.—DE LAS DONACIONES ANTES DEL MATRIMONIO Y LAS QUE TIENEN EFECTO AL FALLECIMIENTO

El Código se ha visto en la necesidad de derogar el derecho común en materia de donaciones, teniendo en consideración la naturaleza especial del contrato de matrimonio, y ha permitido se hicieran para después del fallecimiento; así es que lo dispuesto en este título se puede considerar como una excepción á lo establecido en las donaciones.

Cuando el Código dice: *la donación que el esposo hiciere á la esposa, será regida por las disposiciones del título de las DONACIONES (art. 1230)*, se debe entender que es sin perjuicio de las peculiaridades que ofrece este título.

La ley permite al marido, que en las convenciones matrimo-

(**Art. 1230.**) La disposición debe entenderse como la trae Goyena, art. 1246, «en cuanto no se halle especialmente determinada en este título», que se considera como derogatorio de las disposiciones comunes. Hay algunas disposiciones repetidas que pudieron suprimirse, pues se encuentran en el título de las donaciones, pero sirven para dar mayor claridad á la materia legislada. El artículo habla de las donaciones hechas en el contrato de matrimonio, ó antes, porque después de celebrado no pueden tener lugar. Confirma la idea predominante en este título de que la mujer no puede hacer donación al marido, porque importaría comprarlo según la gráfica expresión del Dr. Velez Sarsfield, cuando en realidad sería compensar y tratar de igualar las condiciones de ambos esposos que van á considerar común todo lo adquirido con el trabajo del marido. Se prohíbe que la mujer compre al marido, pero se permite que este puede comprar á la mujer, siguiendo las costumbres primitivas, en que los padres vendían á las hijas.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1081.

La dote es la libertad de la mujer cuando los bienes quedan de propiedad de esta.



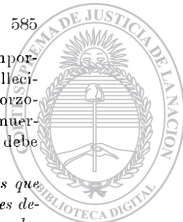


niales pueda dotar á la esposa, pero prohíbe que *la esposa pueda hacer por el contrato de matrimonio donación alguna al esposo, ni renuncia de ningún derecho que pueda resultarle de la sociedad conyugal (art. 1231)*, lo que no impedirá que la mujer pueda donar cualquier bien raíz, al que va á ser su marido.

Las donaciones que los esposos se hicieran de los bienes que dejaren á su fallecimiento, están sujetas á la porción disponible del donante, en el momento en que la donación se hace efectiva, y serán inoficiosas en lo que excedieren de esa parte; así *para juzgarse inofensivas las donaciones que los esposos hicieren de los bienes que dejaren á su fallecimiento, se observará lo dispuesto en los arts. 1830 y 1831 (art. 1232)*.

(**Art. 1231.**) Como se observó en la nota 188 de la Instituta la segunda parte de este artículo es una repitición del 1218 que lo comprende, pero la primera viene á explicar claramente el n° 3 del artículo 1217, cuando prohíbe á la mujer cosa alguna por ocasión de su matrimonio. Disposición que no creemos acertada, coartándose la libertad por este temor pueril, de que la mujer llegara á comprar marido. El artículo se refiere á las donaciones que se hacen de presente, pues el art. 1217, n° 4, las autoriza para después del fallecimiento. Las donaciones prohibidas á la mujer son las que se hacen en el contrato de matrimonio. ¿Se extenderá también, á los hechos fuera de ese contrato? No, pues la mujer no puede poner por condición la realización del matrimonio, desde que quedaría en su mano el poder de revocarla indirectamente, art. 1802; sólo puede hacerse bajo otra condición que no se refiera al matrimonio, y sería válida como hecha entre personas extrañas. Si la mujer no puede renunciar de antemano á los derechos que la ley le concede en la sociedad conyugal, eso nada impide que una vez disuelta dicha sociedad pueda confirmar esa renuncia; porque si bien el acto es nulo, una vez que ha desaparecido la causa, la renuncia puede hacerse, y por consiguiente confirmarse la hecha.

(**Art. 1232.**) En las donaciones hechas para después del fallecimiento, se atenderá al tiempo de la apertura de la sucesión, como lo expresa el art. 1090 Cód. Francés. Así, las donaciones se reducirán en lo que perjudicasen la legítima de los herederos forzosos. ¿Lo mismo deberá hacerse para las donaciones de bienes presentes? Así lo creo, pues las donaciones para ser reducibles es necesario que perjudiquen



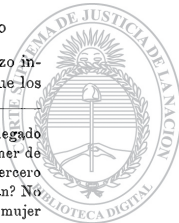
La diferencia entre uno y otro tiempo es de suma importancia; porque cuando la donación para después del fallecimiento se ha hecho, pudo el donante no tener herederos forzosos, en cuyo caso no está sujeto á limitación; pero si á la muerte los tenía, estos no pueden reclamarla; art. 1832, n.º 1.º. Se debe atender, pues, al tiempo en que la donación se hace.

Si las donaciones que los esposos hicieron de los bienes que quedaren al fallecimiento de alguno de ellos fuesen de bienes determinados muebles ó inmuebles, no podrán éstos ser enajenados durante el matrimonio, sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges (art. 1233), porque estando enajenados en favor

las legítimas forzosas. El art. 3602 da las bases para hacerse la liquidación diciendo: al valor líquido de los bienes hereditarios se agregarán el que *tenían las donaciones al tiempo en que las hizo*, y no se podrán reducir mientras se cubran las legítimas, y así está en armonía con los arts. 1830 y 1831, el primero de los cuales fué reformado. Las donaciones de bienes presentes y futuros se registrarán respecto á los herederos, por lo que dispone el título de las donaciones, para saber cuándo deben ser declaradas inoficiosas, tomándose las cosas al tiempo de hacerlas; pero la porción disponible del donante se computará por los bienes que dejare á su fallecimiento; así una donación que pudo hacerse al tiempo de ejecutarla porque el valor era inferior á la parte de que podría disponer, será reducida, si al fallecimiento excediere la porción disponible del donante, y vice-versa, pudo ser inoficiosa al principio y no serlo á su fallecimiento; exceptuándose los casos del art. 1832. — Véase notas á los arts. 1830 y 3602. Cód. FRANCÉS, art. 1090.

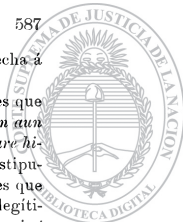
El Cód. Chileno, art. 1789, dice: «están sujetas á las reglas generales de las donaciones, en todo lo que no se opongan á las disposiciones especiales de este título», y así debemos entenderlo en nuestro derecho. Respeto de la forma, notaremos que son válidas las donaciones en escritura privada ante dos testigos, art. 1223, contra lo dispuesto en el art. 1810; que las donaciones en general deben ser aceptadas, art. 1811; mientras las hechas entre esposos no necesitan aceptación, art. 1235.

(**Art. 1233.**) ¿Se deben reputar como una verdadera enajenación? ¿Podrá la mujer hacer inscribir su título en el Registro de la propiedad? La donación de un bien determinado es sólo una promesa de traspaso de la propiedad, que está sujeta á la condición de no amen-



de uno de ellos para entregarlos una vez cumplido el plazo incierto, no pueden volverse á enajenar sin mala fe del que los

guar las legítimas de los herederos forzosos; es una especie de legado de cosa determinada, con la diferencia que en este puede disponer de la cosa y en la donación no; pero si la hubiere enajenado á un tercero de buena fe, ¿puede la mujer reivindicarla como algunos afirman? No lo creo, porque la acción reivindicatoria nace del dominio, y la mujer no lo ha adquirido, pues la promesa, si bien liga al donante y lo hace responsable personalmente, no da el título de propietaria á la mujer. El Registro de propiedad en la capital no inscribiría semejante título, porque sólo deben serlo los translativos de dominio, los que adjudicaren bienes inmuebles ó derechos reales, las sentencias ejecutorias que reconocieron el dominio y los contratos sobre arrendamiento de bienes raíces, art. 226, nos 1, 3, 4 y 5 ley de Org. de los Tribunales. Lo que establece la ley es que el marido no puede enajenar los bienes inmuebles ofrecidos á la mujer para después de su fallecimiento, constituyéndolo así en la obligación de conservarlos bajo su responsabilidad. (Véase nota al art. 75, ley matr. civ. I, 395); pero no ha dejado de ser dueño, y si los enajena á pesar de la promesa, la mujer sólo podrá reclamarlos cuando hubo mala fe en el adquirente; se encuentra en el mismo caso del art. 594. Pero si la mujer no puede ejercer la acción de reivindicación; ¿podrá demandar la nulidad del contrato, fundada en que el marido no pudo enajenar el inmueble? No lo creo, porque el bien raíz estaba libre, y el tercero de buena fe lo ha adquirido legítimamente. La mujer puede llegar á no ser dueña de lo ofrecido sino en una mínima parte, desde que los herederos tienen derecho á la integridad de sus legítimas. Si admitimos que los acreedores posteriores á la donación no puedan embargar el bien ofrecido, es porque ellos estarían en las condiciones del adquirente de mala fe, desde que saben que el marido no puede enajenar dicho bien. Y para confirmar nuestra tesis viene el art. 88, ley de matr. civ. que en caso de nulidad del matrimonio por mala fe de la mujer, ésta pierde todas las ventajas que por él se le acordaran, y el marido puede desligarse de la obligación de conservar los bienes donados. La enajenación hecha por el marido se validará por el consentimiento expreso ó tácito de la mujer prestado después; p. e., si la mujer comprare posteriormente con su propio dinero el bien determinado que su marido le ofreció en donación, ó si de cualquier otro modo manifestara estar conforme y aceptara la enajenación.



ha prometido; pero la enajenación será válida si fuere hecha á un adquirente de buena fe.

Una de las excepciones al título de las donaciones, es que las hechas en las convenciones matrimoniales *subsistirán aun en el caso que el donante sobreviva al donatario, si éste dejare hijos legítimos* (art. 1234, 1ª parte), salvo si se hubiere estipulado expresamente lo contrario. La presunción de la ley es que la donación fué hecha en favor del donatario y sus hijos legítimos; sin embargo, *si no quedaren hijos legítimos del matrimonio ó de otro matrimonio precedente, el donante podrá revocarlas. Si no las revocare en vida, ó por su testamento, la donación pasará á los herederos del donatario* (art. 1234, 2ª parte).

La constitución de derechos reales no está expresamente prohibida al marido; pero debemos someterla á los mismos principios de la enajenación; si los adquirentes tuvieren buena fe, la mujer sólo tendrá acción personal; pero en caso de hipoteca por deuda del marido y consiguiente ejecución, la mujer podrá oponerse á la venta forzosa, demostrando que tal bien le está ofrecido para después de la muerte del marido. La mujer puede pedir medidas conservatorias para que no se destruya ó deteriore la cosa ofrecida. Si al fallecimiento del marido el bien donado se encontrare hipotecado, los herederos deben abonar la hipoteca ó deducirla para sacar el líquido de la herencia y poder juzgar si la donación entra en la porción disponible; en caso contrario será reducida hasta salvarlas.—Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 1082 y 1083. DEMOLOMBE, XXIII, n° 310 y sig.

Goyena, art. 1253, siguiendo al Cód. Francés permite la enajenación á título oneroso, y consideramos su doctrina más armónica con los principios, pues deja al marido mayor libertad para mejorar la suerte de su propia familia. Cuando la enajenación ha sido á título gratuito, la mujer podrá reivindicar dicho bien, si se encuentra en poder del que lo recibió ó de otro por el mismo título, y la prescripción no correrá sino desde la disolución del matrimonio, y será la ordinaria de 10 y 20 años, y no de dos, como algunos enseñan.

(Art. 1234.) Este mandato se funda en la presunción de que el donante quiere beneficiar al cónyuge y á sus hijos; por consiguiente puede pactar lo contrario al establecerla, pues no hay prohibición. Notamos una inconsecuencia en la disposición, que debió comprender á los hijos naturales reconocidos, que son herederos forzosos

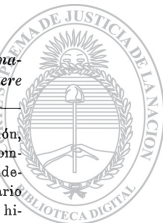
Otra de las excepciones al derecho común, es que *la donación que el esposo hiciere á la esposa, ó la que uno ú otro hiciere*

como los legítimos. Como la donación puede hacerse bajo condición, siempre que no esté en la mano del donante revocarla, podrá comprender al donatario y á sus descendientes, y en ese caso se considerará hecha bajo la condición de que quedaría sin efecto si el donatario falleciere sin hijos, quedando irrevocable por la existencia de los hijos, aunque hubiera fallecido á la muerte del donatario, art. 1844.

La hipótesis legislada en el artículo es la de donaciones sin condición ni cláusula alguna, en que la ley supone la voluntad del donante, así dice Goyena art. 1254, de donde fué tomado el nuestro: lo dispuesto en este artículo se entiende para el caso de que no se hubiere estipulado lo contrario.

El artículo se separa con razón, del Cód. Francés que declara caducas las donaciones, y adoptando la opinión de Goyena, exige la manifestación del donante, *dicat et erit lex*; si no expresó la voluntad de revocarla, la ley debe presumir que persiste en mantenerla; por eso dice el artículo: «el donante podrá revocarla». ¿Esta manifestación de voluntad podrá hacerla tácitamente? Por ejemplo, si dispusiere de la cosa enajenándola ú ofreciéndola en venta, ó haciendo cualquier otro acto que manifieste la voluntad de revocarla. Creo necesario un acto expreso de declaración hecho en instrumento público ó privado: 1°, porque las donaciones por causa de matrimonio son en general irrevocable; 2°, porque los derechos conferidos por una escritura pública, sólo pueden modificarse ó extinguirse por otra (art. 1184, n° 10 y su nota), ó por documento privado que se reduzca á escritura pública; 3°, porque la voluntad de revocar no se presume en estos casos sin una manifestación expresa; 4°, porque la revocación es un acto jurídico que extingue un derecho concedido en un contrato, y es necesario la manifestación expresa para destruirlo ó dejarlo sin efecto.

Quando la promesa de donación fuese hecha en el contrato de matrimonio, por un tercero que intervino en el acto, no estará sujeta á los mismos principios consignados para los esposos; porque la excepción es sólo para ellos. Digimos que el donante podía limitar su donación al cónyuge excluyendo á los hijos. ¿Podrá excluir al cónyuge y sólo darla á los hijos que deben nacer del matrimonio? No lo creo, porque la ley habla de la donación entre los esposos por causa de matrimonio, y sólo como una consecuencia del acto comprende á los hijos; pero no permite en las convenciones nupciales hacer donaciones á los hijos por nacer,



al cónyuge de los bienes que deje á su fallecimiento, no necesita para su validez ser aceptada por el donatario (art. 1235); pero

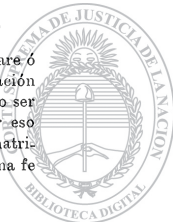
excluyendo al cónyuge: las convenciones solo pueden tener los objetos señalados por el art. 1217, entre los que no se encuentra aquel. No podrá excluir á determinados hijos de los que hayan de nacer, ó acordarles partes desiguales, porque alteraría las leyes de la sucesión; pero podrá reservarse el instituyente la facultad de distribuir la donación entre los hijos del donatario, y aun acordarla á uno solo de ellos; en este caso se supone con razón que el donante ha limitado la donación expresamente al donatario y siendo dueño por la muerte de éste de la cosa donada, puede distribuirla á su voluntad, siempre que no perjudique la legítima de sus herederos. En la primera hipótesis, la donación se distribuirá por partes iguales considerándose como no puesta la condición; en la segunda como él adquiere nuevamente la cosa puede conservarla para sí ó distribuirla como le pareciera.

La disposición del artículo se extiende á los hijos legítimos de uno de los cónyuges. Si la donación fuere hecha al esposo y á los hijos por nacer comprenderá también á los nacidos y legitimados por el matrimonio anterior.—Comp. MERLIN, *Rep. Vº Institución Contrac.*, § 12, nº 10. DURANTON, IX, nº 692. DEMOLOMBE, XXIII, nº 291. DELVINCOURT, II, pág. 246. COLMET DE SANTERRE, IV, nº 235, *bis*, III.

Este artículo fué corregido cambiando la *i* por *si* en la expresión, si éste dejase hijos legítimos.

(**Art. 1235.**) La redacción de nuestro artículo corrige la del 1087, Cód. Francés, comprendiendo todas las donaciones que los esposos se hicieren por causa de matrimonio, en el mismo contrato. El principio enseñado por aquel código es una excepción á la regla general á que están sugetas todas las donaciones, que deben ser aceptadas so pena de nulidad. Comprende el caso cuando el matrimonio se ha celebrado, porque de otro modo sería derogar por su base el principio de que no hay contrato, sin el concurso de la voluntad de los contratantes. Se comprende esta excepción en el matrimonio, porque la donación se supone aceptada desde que lo realiza, no así cuando se ha hecho en otra escritura, ignorándolo la mujer. Esto sería una novedad en derecho. Algunos han creído encontrar una contradicción, entre esta disposición, que no requiere la aceptación de la donación hecha en el contrato de matrimonio y el art. 1811 que la exige, atribuyéndolo á la diversidad de modelos, cuando ambas partes han sido tomadas del Cód. Francés, el art. 1811 del 932 y el presente del 1087





debe limitarse á los casos en que el matrimonio se celebrare ó no fuere anulado, condición que lleva implícita toda donación por causa de matrimonio. La donación que no ha necesitado ser aceptada cuando tuvo lugar entre los esposos, no por eso quedará firme, pues podrá revocarse si no se celebrare el matrimonio ó se anulare, salvo los derechos del cónyuge de buena fe con relación al de mala fe.

§ 352.—DE LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES POR CAUSA
DE MATRIMONIO

Es un principio general de que las donaciones por causa de matrimonio llevan consigo la condición que el matrimonio se celebrare, ó fuere celebrado; pero con relación á los esposos, éstos pueden revocarlas en los casos de divorcio ó de nulidad de matrimonio, pudiendo usar de este derecho sólo el cónyuge de buena fe.

Nuestro Código, separándose del francés, no ha declarado sin efecto las donaciones por causa de matrimonio, sino en un caso excepcional, cuando la donación se hubiera hecho de presente y el matrimonio no se celebrare, porque entonces, faltando la causa que la produjo, no habría razón para mantenerla.

En esta materia, la doctrina del Código Argentino es deficiente, y necesitamos armonizar disposiciones que parecen contradecirse; comenzaremos con los principios siguientes: 1º, *las donaciones entre los esposos, prometidas para después del fallecimiento de alguno de ellos en las convenciones nupciales, no pueden ser revocadas, sino por efecto del divorcio, ó por haberse declarado nulo el matrimonio (art. 1236)*, excluyendo así las que se

Se ha querido proteger al matrimonio y todas estas disposiciones son derogatorias del derecho común.

(**Art. 1236.**) Se ha creído que este artículo debería haber formado uno solo con el art. 1240, sin alcanzar sus diferencias fundamentales. En primer lugar, aquí se habla de las donaciones para después del fallecimiento, hechas en las convenciones matrimoniales; en aquél de todas las donaciones por causa de matrimonio, sean en el contrato



hicieren fuera de estas convenciones, que únicamente serían válidas si tuvieran las formas de las disposiciones de última voluntad; 2º, *las donaciones hechas por el contrato de matrimonio* (de bienes presentes, agregamos), *sólo tendrán efecto, si el matrimonio se celebrase y no fuere anulado, salvo lo dispuesto en el art. 230* (art. 87 ley de matrimonio civil), *respecto al matrimonio putativo (art. 1238)*; 3º, *todas las donaciones por causa de*

mismo ó fuera de él; éste se refiere á las donaciones entre los esposos únicamente, aquél á las que hicieren también los terceros por la misma causa, pues están comprendidas en las palabra «todas las donaciones». Son dos disposiciones diversas que no podrían fundirse en una, sin producir confusión. La facultad de revocar las donaciones por causa de divorcio solo corresponde al cónyuge inocente. Todas estas donaciones llevan implícita la condición de si el matrimonio se celebrare. Si el matrimonio se declarase nulo, las donaciones no quedarán revocadas por la sola sentencia de nulidad, será necesario la revocación expresa. Debiera suprimirse esta parte armonizándola con la del art. 1238.

Quando el matrimonio fué contraído de buena fe, el contrato permanecerá inalterable; si lo fué sólo por uno de ellos, el de mala fe perderá las ventajas acordadas por el contrato, y cuando ambos lo fueren, podrán revocarse las donaciones á voluntad; pero es necesario hacerlo expresamente, pues la ley reputa que existe la voluntad de mantenerlas (arts. 87 y 88 ley matr. civ.) á diferencia del derecho francés que las declara caducas.—Véase lo que decimos en el art. 1238.

¿El cónyuge culpable podrá revocar la donación? No lo creo; porque si la donación se hizo para el cónyuge *únicamente*, el inocente no puede ser privado de ella, si existe al fallecimiento del donante; si se hizo al cónyuge sin otra condición expresa, se entiende que lo es para él y sus hijos, y subsistirá con más razón. El único caso en que el cónyuge culpable puede revocar las donaciones es cuando falleciere el inocente sin dejar hijos legítimos. Freitas art. 1327 se refiere sólo á las donaciones prometidas, sin expresar que lo sean en las convenciones nupciales, salvando así la incongruencia que resultaría con el art. 1247, que es nuestro art. 1238.

(**Art. 1238.**) Se nota una incongruencia entre esta disposición y la del art. 1236, en que pueden revocarse las convenciones nupciales, por el divorcio ó por haberse declarado nulo el matrimonio, mientras que por el presente sólo producen efecto, si el matrimonio se celebra



matrimonio son irrevocables, y sólo podrán revocarse si fuesen condicionales y la condición no se cumpliera, ó si el matrimonio no llegare á celebrarse, ó si fuere anulado por sentencia pasada en cosa juzgada, savec lo dispuesto sobre matrimonio putativo (art. 1240); 4º, en cuanto á las donaciones hechas al cónyuge

ra. Ambos artículos fueron tomados de Freitas que no incurre en tal defecto. Este autor, en el art. 1327, habla de las donaciones para después del fallecimiento de cualquier modo que se hubieren hecho, mientras nuestro Código le agregó: *en las convenciones nupciales*; y el art. 1247 de Freitas habla de los contratos de casamiento que llevan la cláusula de que sólo tendrán efecto si este se celebrare ó no fuere anulado. Para armonizar ambas disposiciones estableceremos los siguientes principios: 1º, es una regla general que la donación en el contrato de matrimonio lleva la cláusula implícita de si se celebrare ó no fuera anulado; si alguno de esos casos ocurre queda sin efecto, sin necesidad de manifestación alguna, salvo los casos de matrimonio putativo; 2º, son una excepción de la regla anterior las donaciones hechas para después del fallecimiento, que necesitan ser revocadas. La regla general comprende, pues, las donaciones entre vivos que los esposos se hicieron; la excepción se limita á las donaciones para después del fallecimiento. Derogar una disposición por otra, no es interpretarla y es deber del juriconsulto y del magistrado darles una explicación que las armonice, aun reconociendo en el fondo el error. ¿Y por qué no se comprendería esta diferencia? Un matrimonio anulado deja sin efecto las donaciones hechas, pero se debe esperar la manifestación de la voluntad con relación á las que tienen efecto después del fallecimiento. Esta explicación no excusa la necesidad de reformar la disposición del art. 1236 en el sentido de limitarla al caso de divorcio, suprimiendo la última parte que se refiere á la anulación del matrimonio.

El artículo se corrigió según la indicación del Dr. Segovia sustituyendo la palabra disuelta, por anulado, que expresa la idea con más exactitud.—Véase la nota al art. 1240.

(**Art. 1240.**) *Todas las donaciones:* esta expresión comprende por su generalidad las que se hacen por los cónyuges ó por los terceros, sea en el contrato ó fuera de él; las de bienes presentes, y las que se hacen para después de su fallecimiento, á diferencia del art. 1236, que sólo abraza las que se hacen por los cónyuges en el contrato matrimonial para después del fallecimiento.



de buena ó mala fe, anulado el matrimonio putativo, se estará á

Esta materia ha sido legislada confusamente, no obstante el modo que es claro.

Freitas, arts. 1323, 1324, 1326 y 1327, establece estos principios: 1º, todas las donaciones (entre vivos) por causa de matrimonio son irrevocables aunque no hubieren sido aceptadas y aunque los donatarios fallecieran antes que el donante, si no se hubiere estipulado lo contrario, y con excepción de las siguientes que pueden revocarse: si fueran condicionales y la condición no se cumpliera; si el casamiento no se celebró, ó si se anuló por sentencia firme; 2º, son revocables por voluntad de los donantes, ó por el fallecimiento de los donatarios antes que los donantes, las donaciones hechas por causa de matrimonio cuando fueren prometidas para después del fallecimiento de los donantes, aplicándose las disposiciones sobre última voluntad, con excepción de las donaciones entre los esposos, las que podrán ser revocadas por efecto del divorcio ó por nulidad del matrimonio. Así, la disposición de nuestro artículo debió referirse á las donaciones entre vivos que son irrevocables, con las excepciones contenidas en él, y las del art. 1236 debió comprender sólo las donaciones hechas en el contrato nupcial por causa de matrimonio, *para después del fallecimiento* del donante. Queda no obstante la dificultad contenida en el art. 1238, que declara sin efecto las donaciones cuando el matrimonio no se celebró ó fué declarado nulo, y la del presente que autoriza á revocarlas. La desarmonía es evidente; pero todavía puede salvarse diciendo: el art. 1238 comprende sólo las donaciones entre vivos hechas en el contrato de matrimonio; el 1240 abraza las donaciones hechas fuera del contrato; el art. 1238 comprende las donaciones puras y simples; el 1240 las hechas bajo condición suspensiva; no obstante esta pequeña diferencia, se nota la necesidad de armonizarlo en el sentido de declarar sin efecto la donación.

Las donaciones entre vivos deben quedar sin efecto por el ministerio de la ley; no así las hechas para después de su fallecimiento, que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y persisten mientras no han sido revocadas. Esta diferencia es estrictamente jurídica y se armoniza con las disposiciones del mismo Código.

Quando es un tercero el que ha hecho la donación, no podrá revocarla en el tiempo que media entre el contrato y el matrimonio, aunque en ese tiempo perdiere su capacidad ó falleciere, á menos que el donante hubiera puesto como condición que el matrimonio se celebraría durante su vida, en cuyo caso no habiéndose cumplido la condición,

lo dispuesto en los arts. 231 y 232 (al presente arts. 87 y 88 matrimonio civil) (**art. 1239**).

§ 353.—DE LA EJECUCIÓN DE LAS DONACIONES POR CAUSA
DE MATRIMONIO

La dote prometida á la mujer, sea por el marido ó por los terceros, se debe desde que fué ofrecida; por eso dice el (**art. 1242**): *el que promete dote para la mujer queda constituido*

sus herederos podrán reclamar la donación. Cuando la donación cauya, ó no tiene efecto por no haberse celebrado el matrimonio, ó por haberse declarado nulo, las enajenaciones de los bienes donados quedan sin efecto.

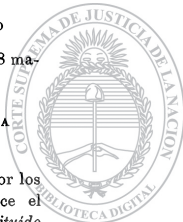
Si la convención matrimonial fuera declarada nula después de la celebración del matrimonio, las donaciones serían válidas. si pudieran subsistir, á pesar de la nulidad del contrato nupcial; en caso contrario, serían también nulas.—Comp. TROPLONG, *Donaciones*, IV, n° 2476 y sig. DEMOLOMBE, XXIII, n° 253 y sig. CÓD. CHILENO, arts. 1786 y 1789, y nuestro art. 1248 y su nota.

(**Art. 1239.**) El cónyuge de buena fe conserva las donaciones si el matrimonio era putativo, sin que se haga distinción entre las hechas por los esposos en el contrato, ó las de los terceros antes del matrimonio. Del artículo se puede, pues, deducir una regla general que abraza todas las donaciones hechas á los cónyuges por causa de matrimonio, como en el caso del artículo anterior. El cónyuge de mala fe no puede revocar las donaciones, ni gozará de las que le hubieren hecho en los términos de los arts. 1236 y 1238.—Véase *Ley de Matr. Civ.*, arts. 87 y 88.

Si ambos cónyuges tenían mala fe, quedarán sin efecto las donaciones en los términos del art. 1238.

Este artículo sufrió la misma corrección que el anterior, cambiándose la palabra disuelto, por la de anulado.

(**Art. 1242.**) El artículo habla de promesa como sinónimo de constitución de dote, y así lo establece el art. 1440, Cód. Francés. La constitución de la dote puede hacerse determinándose plazo para entregarla ó sin determinarlo. En el primer caso, como la dote dada es para ayudar á las cargas del matrimonio, el Código Francés obliga al promitente á pagar interés durante el plazo; mientras el nuestro, siguiendo á Goyena, art. 1274, y á Freitas, 1320, liberta de ese deber, fundán-





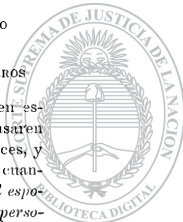
en mora de entregarla desde el día de la celebración del matrimonio, si en la respectiva escritura no se hubiere designado plazo, siendo éste uno de los casos en que no hay necesidad de la interpelación para producirla.

Si se hubiere estipulado en las convenciones nupciales una cláusula de usufructo de bienes á favor de uno de los cónyuges por fallecimiento del otro (art. 1237, 1ª parte), se debe atender á las reglas siguientes: 1º, el usufructo subsistirá en favor de los hijos legítimos, por muerte del donatario; 2º, quedará sin efecto, si el donatario falleciere antes que el donante, sin dejar hijos; 3º, cuando la donación tuviere su efecto en los hijos del donatario, sólo valdrá en la parte que podía disponer; 4º, si no la limitara al caso de no tener ascendientes ó descendientes, no perjudicará la legítima de éstos, y valdrá sólo en la parte que podía disponer libremente el cónyuge fallecido (art. 1237, 2ª parte).

dose en que no se pueden pedir los frutos de una cosa para cuya entrega se ha dado plazo y cuyos intereses se pudieron pactar. En el segundo. los intereses se deben desde que el hecho tuvo lugar. Es una manera de constituirse en mora por el ministerio de la ley, que se agrega á las excepciones del art. 509. Si las cosas ofrecidas no eran productivas de interés, porque se refiriesen á documentos á plazo, no por eso dejaría el deudor de estar constituido en mora con obligación de pagar los daños y perjuicios que causare. Puede constituirse la dote dando plazo para entregarla y estipulando los intereses durante dicho plazo.— Comp. arts. 509, 1248, 1322 y 1833.

(Art. 1237.) En la donación de usufructo en favor de uno de los cónyuges, por causa de matrimonio pueden ocurrir estas hipótesis: 1º, que la donación se haya limitado al cónyuge solamente, entonces se extingue por la muerte de éste antes que el donante; 2º, que no tenga limitación, y la donación subsiste respecto de los hijos legítimos, como se dijo en el art. 1234; 3º, que fuere limitada al caso de no tener hijos, en esta hipótesis no deberá perjudicar la legítima de los ascendientes y valdrá en la parte disponible.

El Código ha cambiado inconsultamente la palabra *hijos*, que trae Freitas, art. 1350, por la de *ascendientes ó descendientes* que no expresan bien la idea. En efecto, el pensamiento es que el donante no haya limitado la donación, como puede hacerlo, al caso de no *tener hijos*, y no como dice el artículo al de *no tener ascendientes*, lo que no podrá



§ 354.—DE LA FORMA DE LA DONACIÓN HECHA POR TERCEROS

Se dijo que la convención matrimonial debía hacerse en escritura pública so pena de nulidad, cuando los bienes pasaren de mil pesos ó se constituyeran derechos sobre bienes raíces, y se autorizó á hacerlas ante el Juez de paz y dos testigos, cuando no hubiere escribano. Pero *la promesa de dote hecha al esposo, por los padres de la esposa, sus parientes, ó por otras personas, no puede ser probada sino por escritura pública (art. 1241),*

aceptarse, á menos de no agregarle la palabra *vivos*; pero aun así mismo, no expresará la idea, desde que, no teniendo ascendientes vivos, éstos no se podrían perjudicar y no habría legítimas á que referirse. Por el contrario, si la condición no fuere limitada al caso de no tener hijos ó descendientes, según lo expresa el Código, como pueden existir hijos del donatario de un anterior matrimonio, estos tomarían la donación, en cuyo caso no deberá perjudicar la legítima de los ascendientes del donante. Por eso agrega Freitas: los ascendientes no podrán oponerse al cumplimiento de esa cláusula y el artículo debe entenderse así. Freitas se refiere á la cláusula de reversión, y dice, que no tendrá lugar en el caso indicado.

(Art. 1241.) Este artículo habla de las promesas, no de la constitución de la dote á que se refiere el art. 1184, n° 4, y el 1223 de convenciones matrimoniales, así como el 1813 se refiere á las donaciones, no á las promesas; sin embargo, debemos considerarlo como término equivalente según Freitas y el Código Chileno que han servido de modelo. Una promesa de dote no podrá probarse sino por escritura pública, sea separada de la convención matrimonial, sea en esta misma, como lo propone Freitas, art. 1318. Si el valor no excediera de mil pesos podrá hacerse por escrito privado en las condiciones del art. 1223. Este es uno de los casos típicos en que la prueba se confunde con la forma, é importa decir, que la ley considera la promesa como un simple proyecto que no da acción hasta no extenderse la escritura pública. El Cód. de Chile, art. 1787, admite la prueba de la promesa por confesión del que la hubiere hecho.

¿La promesa está sujeta á aceptación? Distinguimos: cuando se hizo en el contrato matrimonial no hay necesidad, desde que al firmarlo el esposo, se supone la acepta y queda irrevocable por celebrar el matrimonio, pero si fué hecha separadamente, la aceptación es de

y por consiguiente, no producirá efecto en cualquiera otra forma; pero sólo con relación á este caso que se debe considerar como una excepción á los principios generales.

Cuando se ha exigido una forma determinada de prueba, el hecho se tendrá como no existente, si no está en esa forma, así sucede en los testamentos. La promesa en documento privado no tendrá valor, ni podrá exigirse la escritura pública como en los casos en que esta forma es requerida so pena de nulidad.

absoluta necesidad, porque no hay contrato, ni nace obligación, hasta que la promesa no sea aceptada. Aquí es necesario salvar el error de doctrina que se deslizó en el art. 1285.



CAPÍTULO III

DEL DOTE DE LA MUJER

§ 355.—BIENES QUE FORMAN LA DOTE



En la anterior legislación formaban la dote de la mujer los bienes que ésta aportaba al matrimonio, y se llamaban parafrenales los adquiridos posteriormente; al presente no se hace diferencia y *el dote de la mujer lo forman todos los bienes que lleva al matrimonio, y los que durante él adquiera por herencia, legado ó donación (art. 1243).*

En la antigua legislación, la dote se formaba de los bienes dados por el marido, los padres, parientes ó extraños; pero al presente, comprendiendo los bienes que la mujer lleva al matrimonio sin hacer distinción alguna, puede formarse por los que ella misma haya adquirido por cualquier medio, aunque sean contrarios á la honestidad y buenas costumbres.

Pertenecen á la mujer como dote, *los bienes raíces que se*

(**Art. 1243.**) El marido no puede hacer donación á la mujer, alterando el contrato nupcial, pero podrá cambiar los bienes que le hubiere dado por otros, y será válido, si constare de una manera auténtica; pero las terceras personas que hubieren constituido la dote podrán hacerlo por escritura posterior. Si la mujer llevare dinero al matrimonio, debe hacerlo constar en el contrato nupcial, ó en cualquier instrumento público antes del matrimonio, pues se expone á que se considere como ganancial, si no probase lo contrario.

La mujer, después de su matrimonio, no puede adquirir sino por herencia, legado ó donación, pues si lo hiciere por compra, aunque se dijere que el dinero le pertenece, la afirmación no sería creída, mientras no se demostrase la verdad del hecho. Los únicos medios legales, por decirlo así, son: la donación ó la herencia. La expresión de *bienes* tomada de Goyena, art. 1272, comprende según la terminología del Código, los objetos inmateriales susceptibles de valor y también las cosas, art. 2312. Freitas, art. 1316.—Comp. arts. 1224, 1264, 1266 á 1271 y 1274.

compraren con su dinero, si la compra se hiciere con su consentimiento, y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose como el dinero pertenece á la mujer (art. 1246); le pertenece igualmente, lo que con su con-

(Art. 1246.) El artículo ha dejado por resolver las interesantes cuestiones que dividen á los juriconsultos en la interpretación del art. 1435 del Cód. Francés. ¿Cómo debe manifestarse el consentimiento de la mujer? ¿Puede esta hacerlo en escritura separada? ¿Puede el marido retirar su declaración mientras la manifestación no tenga lugar? Determinemos el caso de nuestro artículo. El marido adquiere bienes raíces para su mujer con dinero de ella, ya de los que consta en las convenciones matrimoniales que llevó á la sociedad, ya con el producto de los bienes que á ella pertenecieran. Esa adquisición debe hacerse, dice el artículo, llenando estas condiciones: 1ª, manifestación del marido que lo hace para la mujer; 2ª, consentimiento de ésta en la adquisición; 3ª, manifestación de que los dineros son de la mujer; 4ª, designación de cómo le pertenecen. La primera condición es esencial, porque si el marido obra á nombre propio, los bienes adquiridos lo han sido para la sociedad conyugal, y él queda como deudor personal de la mujer, obligado con sus propios bienes y con los que les correspondan en la sociedad. Llenada esta primera condición, unos sostenían que bastaba la declaración del marido que como administrador legal de los bienes y representante de la mujer podía adquirir á nombre de ésta; los otros que era necesario el consentimiento de la mujer, porque no podía hacerla propietaria sin su voluntad, desde que la administración no alcanzaba á esos actos; doctrina que nuestro Código ha consagrado exigiendo el consentimiento, sin decir si se debe manifestar formalmente como lo exige el art. 1435, Cód. Francés. Por mi parte creo que puede ser tácito como p. e., si la mujer firma la escritura en que se hace la manifestación por el marido. Y la razón es, que la ley sólo ha exigido el consentimiento de la mujer, y el art. 1145 admite el consentimiento tácito en los contratos. Si la mujer no hubiere estado presente al otorgamiento, puede manifestar este consentimiento por una escritura posterior, aceptando de esta manera lo hecho en su nombre por su marido. Pothier (*Comunidad*, n° 200), dice: «la aceptación de la mujer es una ratificación de lo que el marido hizo en su nombre sin poder suficiente»; si se aceptara esta conclusión, se rechazaría la teoría del ofrecimiento sostenida por Toullier, Aubry y Rau, Murlon y otros, quienes enseñan que la declaración hecha por el marido importa un ofrecimiento á la



sentimiento se cambiare con sus bienes propios, expresando tan-

mujer para sustituirlo en la adquisición, y por consiguiente puede ser revocado mientras no haya sido aceptada.

El artículo dice que la mujer, para adquirir esos bienes, necesita haber manifestado su consentimiento, así es que mientras no haya una manifestación de voluntad, el marido puede enajenarlos y disponer de ellos como de cosa propia. Sostener la teoría contraria es ponerse en el caso de que los bienes no tengan propietario, pues si la mujer no manifiesta su aceptación, no los adquiere, ni tampoco el marido desde que la hizo para la mujer; en el derecho Francés es diferente, porque el art. 1435 prevé el caso. Se debe tomar como uno de los casos de los arts. 1161 y 1162 en que el que contrató por otro sin autorización, puede dejar sin efecto lo hecho antes de la ratificación. La manifestación de que los dineros son de la mujer, ¿es de absoluta necesidad? Creo que no; pues si la intención manifiesta es que la adquisición sea para la mujer, en cualquier caso ésta podrá demostrar que los dineros le pertenecían; esa omisión no puede perjudicarla haciéndole perder un bien adquirido para ella con su dinero, y el art. 1266 viene en apoyo de esta opinión al declarar, que los bienes adquiridos con el dinero de alguno de los cónyuges corresponden al dueño del dinero y para quien se compró. ¿Por qué dar una importancia tan capital á la declaración de que era con dinero de la mujer? Por otra parte, ese dicho no hace fe ni prueba contra terceros, y puede ser falso; y cuando se ha omitido, atacada la enajenación puede probarse la verdad. Pero debe exigirse una prueba que no deje duda para evitar los fraudes; p. e., si se demostrase que en ese día se sacaron los dineros de la mujer que estaban en depósito en el Banco y se pagó con ellos la adquisición del inmueble. En cuanto á la designación de cómo el dinero pertenece á la mujer, tampoco es esencial; porque puede ser falsa y nada prueba contra terceros. La mujer deberá siempre demostrar que el dinero le pertenecía por título propio. La enunciación es un medio de asegurar á la mujer la propiedad de la cosa adquirida, si lo dicho está en armonía con la verdad. Sin embargo, como medio de evitar pleitos se deben consignar todos estos antecedentes, que servirán de base para la prueba, si la adquisición es atacada. No obstante, la enunciación de que el dinero pertenece á la mujer, y de cómo lo hubo ésta, estará obligada á probar la verdad de esas afirmaciones, si fuera atacado el acto. La Suprema Corte ha decidido: «que no probándose que una compra se ha hecho con bienes de uno de los cónyuges, es de estimarse que se hizo con dinero de la sociedad conyugal;» lo que está





bién el origen de los bienes que ella diere en cambio (art. 1247).

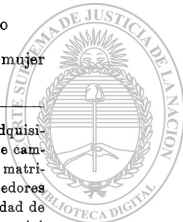
de acuerdo con la tesis que sostengo. Es cierto que posteriormente ha decidido que, «siendo esta forma de adqueición una condición especialmente exigida por la ley, para que la mujer haga suyos los bienes comprados por el marido con dinero de ella, no puede esa forma ser suplida por ninguna otra», según se deduce de los arts. 975, 976 y 977, con lo que no estoy conforme, no sólo por las razones apuntadas, sino porque esos artículos no apoyan semejante conclusión. En efecto, el 975 se refiere á la forma escrita como esencial; el 976 habla de la forma del instrumento público, entre los que se comprenden las escrituras públicas, pero la forma no en el sentido de lo que el instrumento debe contener, sino de la clase de instrumento; por eso dice: «en los casos en que la forma del instrumento público fuere exclusivamente ordenada.» Así, cuando la ley dice, que sea en escritura pública, no puede ser en otra forma de instrumento público, y por eso agrega el art. 977, que cuando la clase de instrumento se hubiere determinado, la falta de esa especie no puede suplirse.

No creo que la tesis de la Suprema Corte se pueda sostener en presencia de los arts. 1001 y 1004, más aun tratándose de enunciaciones que no tienen gran valor, desde que están sometidas á la prueba. ¿Por qué sería válida la adquisición que dijera: comprada con el dinero de mi mujer, que lo hubo por herencia de sus padres, cuando no es cierta la afirmación? Mientras que sería nula la escritura que suprimió esa expresión, aunque constase de una manera evidente que el dinero era de la mujer; como si el pago se hizo por orden judicial de dineros depositados á nombre de ella. — Comp. LAURENT, XXI, 273 y sig. AUBRY y RAU, § 507, texto y nota 73, MOURLON, *Rep.*, III, 157.

Con relación á los bienes muebles, joyas ú objetos de arte que pueden tener tanto valor y mayor que los inmuebles, rige la regla del art. 1266, que serán de aquel que los hubiera adquirido con su dinero, pero, mientras no se dé esta prueba se reputarán de la sociedad, á menos de constar la propiedad de la mujer en las convenciones nupciales ó por escritura pública, ó de actos auténticos que la liberten de la prueba.

(Art. 1247.) Cuando se trata de la permuta de inmuebles pertenecientes á la mujer, como en las escrituras debe constar que el bien

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1246.—Los bienes adquiridos á nombre de la mujer durante el matrimonio, son gauranciales, si no se designa en



siendo por consiguiente esencial el consentimiento de la mujer en ambos casos.

era de ella, el tiempo en que fué adquirido y cómo se hizo la adquisición, esos datos bastarán para establecer la prueba, pero si se cambiase un bien adquirido por el marido, para la mujer, durante el matrimonio expresándose que es con su dinero y como lo hubo, los acreedores del marido pueden obligar á la mujer á que demuestre la verdad de esas afirmaciones; en caso contrario el bien permutado pertenecerá á la sociedad conyugal. No bastará cambiar bienes que se digan de la mujer, para que esta adquiera la propiedad de lo cambiado, con relación á los terceros acreedores de la sociedad conyugal.

El consentimiento se manifestará como en el caso anterior, bastará que firme la escritura de permuta con el marido, aunque no exprese que consiente en el contrato. Cuando no se hubiere mencionado el origen de los bienes permutados, la mujer podrá demostrar que le pertenecieron, sosteniendo así la propiedad de lo cambiado. En esta parte el Dr. Llerena, reaccionando contra la opinión sostenida en el artículo anterior, de que no debe admitirse á la mujer la prueba, cuando no se ha hecho la designación de dónde hubo el dinero, la acepta en estecaso «porque se trata de bienes cuya identidad se puede probar»; quiere decir entonces, que la cuestión es meramente de hecho, y una vez probado de modo que no deje dudas, debe admitirse. Reducirla á la permuta de inmuebles y no admitir la de los muebles, cuya propiedad

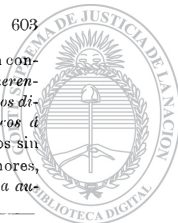
la escritura de adquisición ó se prueba posteriormente, como el dinero ó la cosa era de la mujer.—XIX, 390.

No se considera de propiedad de la mujer el inmueble comprado por ella durante el matrimonio, cuando en la escritura de compra no se ha expresado que ésta se ha hecho con dineros de la misma, y el modo de cómo los ha adquirido.—XLVII, 270.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1246.—Los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, se reputan gananciales siempre que en la escritura no se haga constar explícitamente la propiedad y procedencia de los fondos con que fueron adquiridos.—Jur. Civ., V, 195, Sér. 2°.

Trasferido por la esposa el dominio á un tercero, los sucesivos adquirentes carecen de derecho para exigir la comprobación del origen del dinero: la nulidad ó validez sólo puede discutirse por aquellos cuyos derechos creditorios pueden ser afectados por tal acto.—Jur. Civ., I, 281, Sér. 3°.

Justificado por las constancias de la escritura pública y los autos testamentarios que la propiedad embargada pertenece á la esposa, debe declararse procedente la tercería.—Jur. Com., IV, 37, Sér. 4°.



La ley trata de proteger á la mujer menor de edad, aun contra los errores del marido, y ordena que *en los casos de herencias ó legados que correspondan á la mujer menor de edad, los dineros deben ser puestos por el Juez en los depósitos públicos á nombre de ella* (art. 1245), y el marido no podrá sacarlos sin autorización judicial é intervención del Ministerio de Menores, *y mientras la mujer sea menor de edad, el marido necesita la au-*

puede constar de la convención matrimonial ó del dinero colocado en fondos públicos ó en los bancos, es proceder arbitrariamente. La prueba posterior debe siempre admitirse, desde que el bien haya sido adquirido á nombre de la mujer y con su consentimiento.

Freitas, art. 1366, siguiendo la antigua doctrina de los bienes parafrenales, coloca entre estos á los adquiridos por la mujer después del matrimonio, sea por donación, herencia, legado, ó por compra con su dinero ó por permuta.

(Art. 1245.) Esto no importa privarles de la facultad que tienen los jueces para hacer entregar ese dinero al marido en caso de evidente necesidad, como si careciesen de los medios necesarios para vivir. El juez puede designar, según las circunstancias, que el dinero sea colocado de otra manera que á usuras pupilares; pero no puede cambiar el lugar del depósito que debe hacerse donde la ley determine, y no puede tampoco autorizar el préstamo á interés, aunque sea sobre hipoteca ó con pacto de retroventa.

Si el albacea ó heredero abonasen al marido, estarán en el caso del artículo anterior. Si los dineros se hubieren puesto á nombre del marido éste deberá colocarlos en el de la mujer; pero como administrador tendrá facultad para cobrar la renta. Se comprenden también los bienes donados como lo dice el art. 1243.

Nota de! Dr. Veles Sarsfield al art. 1246 y 1247.—L. 11, Tit. 4, lib. 3, F. R.—L. 49, Tit. 5, Part. 5^a.—Cód. Francés, art. 1559.—Italiano, 1406.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1247.—Hecha por el marido una permuta de cosa inmueble de la mujer sin consentimiento de ésta, la mujer conserva el dominio de la cosa dada en permuta y no adquiere el de la cosa recibida.

Por consiguiente ni ella ni sus herederos pueden reivindicar esta última, contra el sucesor singular á quien el marido la hubiese vendido en su propio nombre.—XXI, 550.



torización judicial: para sacar de los depósitos públicos los dineros de la mujer: para enajenar las rentas inscritas á su nombre en la deuda pública nacional ó provincial, para cambiar los bienes raíces de ella, ó para enajenarlos, ó constituir sobre ellos derechos reales (art. 1249), debiendo intervenir el Ministerio de

(Art. 1249.) En general, tratándose de la mujer menor de edad, el marido la representa sin su intervención y sólo en determinados casos la ley ha exigido la participación personal, que nada significa desde que se haga intervenir al Ministerio de Menores y al juez; así es que consideramos mal inspirada la disposición del art. 1450 que exige el consentimiento de la mujer menor de edad para ceder las inscripciones de la deuda pública nacional ó provincial, y debemos limitarnos á esa excepción, aplicando en todo los demás casos de enajenación, disposición, etc., lo ordenado en el presente artículo, que es la verdadera y única garantía que puede tener un menor. ¿Para qué harcerla intervenir, si está inhabilitada por una doble incapacidad? Es menoscabar la autoridad marital sin provecho alguno.

El Código no regla la hipótesis de cuando los menores se hubieren casado sin licencia de sus padres, en que se priva al marido de la administración de los bienes, y no obstante debe estar autorizado para pedir al juez la venta de lo que corresponda á él ó á su mujer, en caso de absoluta necesidad. Freitas, art. 1336, n° 3, sólo habla del consentimiento de la mujer para disponer de los depósitos, porque la supone mayor de edad.

Cuando se tratare de una permuta ó enajenación de los bienes de la mujer menor de edad, debe procederse en la forma que determinan las leyes generales; es decir, previa tasación judicial, y si es de venta se hará en remate público, salvo los casos en que se creyere más conveniente hacerlo privadamente. Cualquiera enajenación que se hiciere omitiendo estas formalidades será nula, pero podrá confirmarse el acto cuando la mujer llegase á la mayor edad. Todas las nulidades son confirmables, una vez que haya desaparecido el obstáculo que anulaba el acto, y no hay nulidad absoluta, sino con relación á la acción que ambos contratantes, pueden intentar; en este caso tampoco existiría porque sólo puede deducirla el incapaz á su representante.

El marido necesitará de autorización para gravar la propiedad de la mujer, ó constituir sobre ella alguna servidumbre, ó para abandonarla por transacción ó hacer cualquiera cosa que disminuya su valor; pero no en caso contrario, cuando mejorase la condición del inmueble, sin



Menores. *El Juez sólo podrá autorizarlo en caso de una necesidad ó conveniencia manifiesta para la mujer (art. 1250).*

Y la ley ha llevado su previsión para con la mujer casada menor de edad, creando casi un privilegio en su favor, al ordenar que, *los que hubiesen sido tutores de la mujer menor de edad, sus padres, y en general los que por cualquiera causa tengan dineros de ella, no pueden entregarlos al marido; deben ponerlos*

comprometer los derechos de la mujer; sin embargo, el marido no estará autorizado so pretexto de mejorar la condición de la cosa, á imponerle carga alguna. Se extenderá igualmente á las divisiones de los bienes habidos en comunidad, arreglo en los juicios de mensura y en todo aquello que importa una enajenación. La intervención del Ministerio de Menores es esencial en todo esto.—Véase nota al art. 60.—Comp. FREITAS, art. 1336, n° 3. CÓD. DE CHILE, art. 1754.

Téngase presente el art. 2840 que prohíbe absolutamente constituir usufructo sobre los bienes dotales, aun con consentimiento de ambos cónyuges.

(Art. 1250.) El juez debe proceder á la autorización de la venta, enajenación ó constitución de derechos reales en los bienes de la mujer menor de edad, del mismo modo que para los demás menores. Debe demostrarse la necesidad ó evidente utilidad para la mujer, y al marido como al tutor le están prohibidos, aun con autorización del juez, los actos del art. 450; así es que no podrá ser facultado á tomar los depósitos de la mujer para prestarlos sobre hipoteca, ó de otra manera por ventajoso que sea.

La conveniencia de que habla el artículo se debe aplicar á la venta de la cosa ó á la permuta, ó á la constitución de derechos reales. Los casos de necesidad varían al infinito y quedan librados á la apreciación del juez.

Dijimos que el consentimiento de la mujer no tiene importancia y sólo por excepción se exige en los casos de cesión. El art. 1754, Cód. Chileno autoriza al marido á disponer de los bienes, cuando en el contrato nupcial se le hubiere facultado, lo que me parece lógico; pero no es aplicable por nuestro derecho.

Freitas, art. 1338, hablando de la mujer mayor de edad, autoriza al juez para suplir su consentimiento cuando no quisiera darlo; sobre esto véase lo dicho en el art. 1252. La autorización no es necesaria en los casos de venta forzosa, art. 439.

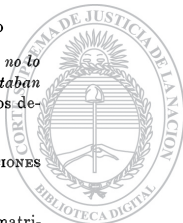
en los depósitos públicos, inscritos á nombre de la mujer. Si no lo hicieren así, quedan obligados á ella como antes lo estaban (art. 1244), mientras esta prohibición no existe para los demás menores.

§ 356.— DEL DOTE DE LA MUJER. — DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL MARIDO

El marido es el administrador de todos los bienes del matrimonio. y lo será de todos los que pertenezcan á la mujer, salvo del que se hubiera reservado en el contrato nupcial ó de los adquiridos por donación ó herencia, bajo la condición de que él no los administrará.

Pero la administración atribuida al marido por una necesidad social, en nada altera la propiedad, ni la tasación de los bienes de la mujer, sean raices ó muebles, y la entrega de ellos al marido, aunque se haga bajo su valor determinado, no le priva del dominio de ellos, ni los hace pertenecer á la sociedad ó al

(Art. 1244.) Todo el que debiere á la mujer menor de edad, no podrá abonar al marido, que en este caso tiene menos facultad que el tutor, lo que es impropio y depresivo de la autoridad marital. Si el tutor puede recibir lo debido al pupilo, con más razón el marido mayor de edad, debía de estar facultado, pues toma á la mujer bajo su potestad. Si á alguien debiera negársele facultad de recibir lo debido á los menores, sería á los tutores que pueden malgastarlo sin responsabilidad, cuando no tienen bienes. Es cierto que están obligados á depositar el dinero de sus pupilos en el Banco de la Nación, pero si no lo hacen, los menores quedarán defraudados. Para que los deudores extingan la deuda respecto á la menor, es necesario presentarse al juez competente acompañando el certificado de depósito, pues no los libertará el hecho de otro modo. Si hubieren pagado al marido, volverán á pagar en la forma indicada, repitiendo contra éste, y si no tuviera y se hubieren empleado en refacciones ó conservación de bienes de la mujer, podrá repetir contra ésta aquello en que se hubiera enriquecido: es decir, en lo que la cosa hubiere aumentado de valor. Si las mejoras fueran de mero adorno ó voluntarias, se tomarán en cuenta, si la cosa hubiera aumentado, y existieren al tiempo de la reclamación.



marido (art. 1251), á no ser que al hacerse la entrega por tasación, se le autorizara para enajenarlos, siendo la mujer mayor de edad, en cuyo caso si lo hizo, deberá sólo el precio de tasación.

Cuando la mujer es mayor de edad, la autoridad judicial no tiene que intervenir en las enajenaciones hechas por los esposos, y *la mujer mayor de edad puede con licencia del marido*

(**Art. 1251.**) El artículo se ha separado de la antigua legislación española, que siguiendo la romana hacía adquirir al marido la propiedad de la dote estimada, quedando deudor del precio en que se estimó; esa presunción que Goyena, art. 1280, la llama sencilla y equitativa no existe al presente, y con razón, porque la estimación de las cosas entregadas no debe suponer una enajenación que no ha tenido lugar. ¿Para qué se hace entonces la estimación? ¿Para establecer la responsabilidad del del marido en caso de enajenación con consentimiento de la mujer? ¿No habría sido mejor extenderla al precio obtenido en el momento de hacerla? De cualquier manera que sea, la mujer es propietaria de las cosas introducidas con estimación ó adquiridas por donación, herencia ó legado, y que hubieren sido estimadas. Para juzgar la estimación se debe tomar la que se hubiere hecho en el acto de entregarse los bienes al marido, y no la anterior. Me parecen más acertadas las disposiciones de los arts. 1551 y 1552 del Cód. Francés, cuando reconoce que hecha la estimación de los muebles al entregárselos al marido, importa una enajenación, si no se estipuló lo contrario; mientras esa misma estimación hecha de los inmuebles no importa enajenación, salvo estipulación contraria. Freitas, art. 1352, n.º 3, establece la misma teoría de nuestro artículo, pero agrega: «los bienes no se reputarán transmitidos al marido, si no habiendo en la escritura declaración expresa de que el marido sólo queda obligado por el valor que se le hubiere dado», y así debía entenderse en nuestro derecho: pero por el contrato matrimonial no puede darse esa facultad al marido, según lo dispone el art. 1217, y con relación á los bienes que adquiriere después por donación ó herencia, sólo cuando se estipulase así por el testador ó el donante.—Comp. arts. 1253, 1254, 1256, 1258, 1318 á 1322.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1251.—La estimación de bienes debe hacerse al tiempo de la entrega de los bienes dotales al marido, y no basta que dichos bienes hayan sido tasados en el juicio testamentario de los causantes de la mujer.—XXI, 550.





(ó éste con autorización de ella), ó *los dos juntos, enajenar sin autorización judicial, tanto sus bienes raíces como sus rentas inscritas, y disponer libremente de los dineros existentes en los depósitos públicos (art. 1252);* pero cuando el marido como administrador, *sin autorización de la mujer enajenase bienes inmuebles de ésta, ó impusiere en ellos derechos reales, la mujer en el primer caso tendrá derecho á reivindicarlos, y en el segundo, á*

(**Art. 1252.**) Para la enajenación de los bienes de la mujer mayor de edad sólo se necesita la autorización del marido, dice el artículo. ¿Podrá darla el marido menor de edad? La incapacidad de la mujer mayor sólo obedece á la razón de que haya un jefe en la familia, una sola autoridad, pues desapareciendo esa circunstancia la mujer recobra su capacidad perdida momentáneamente; luego debería bastarle el consentimiento del marido para disponer de lo que es suyo. Es cierto que este no puede disponer de sus bienes sino con autorización judicial, y que parecería lógico que no pueda autorizar á otros para practicar actos que él no puede hacer; pero el razonamiento no es aplicable, porque él da su consentimiento á su mujer mayor de edad, que es capaz con esa autorización. Si exigimos contra lo expresado en la ley, que el juez dé la autorización, no sólo amenguamos el poder marital sin motivo fundado, sino que creamos un impedimento que la ley no ha puesto. El menor emancipado, art. 134 á 136 no puede enajenar sus bienes raíces sin autorización judicial, porque es menor de edad, y se comprende esta necesidad de vigilancia que no debe alcanzar á la mujer mayor de edad, que sólo es incapaz por razón de la obediencia que debe á su marido. Si la ley hubiera querido exigir la mayor edad en ambos cónyuges habría dicho: siendo el marido y la mujer mayores de edad, etc., pero se ha limitado á decir, siendo la mujer mayor edad, etc. Sobre todo, en caso de duda se debe resolver por la libertad que favorece la condición de ambos cónyuges.

Me decido por esta opinión á pesar de la contraria de los Drs. Segovia y Llerena.

Quando el marido estuviera ausente ó fuera incapaz estando bajo la curatela, arts. 1284 y 1285, el juez debe dar la autorización supletoria para la enajenación; lo mismo sucedería si el marido se opusiera, ó no la diera. El consentimiento de la mujer ¿debe ser expreso? Si, porque ella es la que enajena; si fuera el marido, y la mujer sólo firmara la escritura, la enajenación no sería válida sin la autorización judicial.

usar de las acciones que como propietaria le corresponden para librarlos de todo gravamen impuesto sin su consentimiento (art. 1253), ó deducir acción contra su marido, responsable de la enajenación, ó constitución de derechos.

(**Art. 1253.**) La enajenación de los bienes dotales de la mujer hecha sin su consentimiento, es de ningún valor, y cuando es menor de edad, aunque lo diera. La autorización debe ser expresa ó tácita. ¿Bastará que la mujer firme la escritura? Este caso no es el de los arts. 1233 y 1246, que se refieren á bienes que no son de ella, y sólo se ofrecieron ó se compraron para ella; aquí son bienes propios que no pueden salir de su dominio, sino por una enajenación hecha por ella. Por eso creo que la autorización de la mujer debe ser expresa, pues nadie admitiría un título en que se le vende una cosa ajena sin expreso consentimiento del dueño. Cuando el marido los hubiere enajenado, la mujer no está obligada á reclamarlos, pues que la prescripción está suspendida durante el matrimonio, art. 3970; pero debe tenerse presente la disposición del art. 4016, para interrumpirla, porque cualquiera acción de la mujer se podría rechazar con la posesión sin título. La reivindicación debe ejercerse contra el poseedor de la cosa.

Cualquier derecho real que grave la propiedad, impuesto por el marido, será de ningún efecto; pero si á consecuencia de una hipoteca la propiedad fuera ejecutada y vendida en remate público, no salvaría la nulidad de la venta la aprobación judicial, que no puede reemplazar la voluntad de la mujer. En caso de reivindicación la mujer recibirá la cosa libre de todo gravamen.

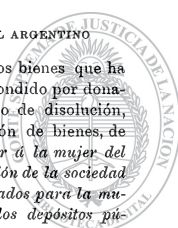
Freitas, art. 1352, n° 4, autoriza á la mujer para intentar acciones reales contra terceros, ó para demandar al marido por el valor de los inmuebles con la indemnización de las pérdidas é intereses. Nos parecería más propio que se le acordase esa acción contra los herederos del marido, en caso no pudiera intentarla contra los terceros por haber poseído la cosa durante 30 años.

En cuanto á la anticresis, el marido puede constituirla desde que no perjudica los derechos de la mujer.—Véase art. 3243 y su nota.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 1253.—Los bienes paternos de la mujer no pueden ser enajenados por el marido que los recibió inestimados.—XXI, 550.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1253.—La prueba de la simulación debe recibirse sin resolver previamente si la esposa que la ha deducido tiene acción para ejercerla.—Jur. Civ., III, 518, Sér. 2°.





El marido, como administrador de todos los bienes que ha recibido de la mujer, ó que le hubieren correspondido por donación, herencia ó legado, es responsable en caso de disolución, separación de bienes, ó divorcio con separación de bienes, de los que correspondan á ella; así que *es deudor á la mujer del valor de todos los bienes de ella que á la disolución de la sociedad no se hallen invertidos en bienes raíces escriturados para la mujer, en rentas nacionales ó provinciales, ó en los depósitos públicos inscritos á nombre de ella (art. 1254);* pero su responsabilidad es puramente personal, sin que tenga acción para con los terceros adquirentes.

(Art. 1254.) Disuelta la sociedad conyugal, sea por divorcio, separación de bienes, ó nulidad de matrimonio, la mujer podrá reclamar todos los bienes introducidos y que constaren en la convención matrimonial ó de títulos posteriores. Si el marido no los posee, puede entablar acciones reivindicatorias contra los poseedores. Si hubieren sido permutados sin su consentimiento, puede hacer declarar nula la permuta ó confirmar el acto; del mismo modo, cuando sin su autorización hubiera comprado para ella bienes raíces con los dineros que introdujo al matrimonio, podrá confirmar dichas adquisiciones, sin que esto la liberte de la obligación de probar, en caso fuere atacada la enajenación, que se hizo con su dinero. La mujer deberá recibir los bienes en el estado en que se encuentran; si hay deterioros causados por culpa del marido, deberá éste pagarlos, como pagará su valor si han perecido por su culpa. El marido ó sus herederos tendrán derecho para reclamar su parte de gananciales en todo lo que se hubiere invertido en mejoras, ó en dar mayor valor á los inmuebles de la mujer.

El artículo parece limitar la acción de la mujer contra el marido, á los casos en que los valores ó bienes que éste recibió no se hallen invertidos en bienes raíces, rentas nacionales, provinciales ó depósitos inscritos á su nombre, lo que habría sido una injusticia; porque ella es libre de aceptar como equivalente lo depositado ó reclamar el verdadero valor de las cosas, ó reivindicar estas cuando se enajenaron sin su consentimiento.

El valor de los bienes llevados por la mujer al matrimonio, ó adquiridos por donación ó herencia, debe devolverlos el marido ó sus herederos con arreglo á la estimación que se les hubiere dado, cuando

El marido puede enajenar los bienes muebles dotalés, con excepción de aquellos que la mujer quisiera reservarse (art. 1257), y en estas enajenaciones su responsabilidad personal será por el valor que se les hubiere dado en el contrato nupcial, así es que, cuando durante el matrimonio se enajenaren bienes de la mujer que no estuviesen estimados, la responsabilidad del marido será

los recibió, ó si no fueron estimados por los que tenían en el momento de la enajenación, como sucedería, si hubiera recibido efectos de comercio ó cosas consumibles.—Comp. art. 1318.

(Art. 1257.) Es necesario no confundir, la administración que tiene el marido, con el derecho de enajenar los bienes muebles de la mujer, que pueden constituir una fortuna, según las circunstancias. Esos bienes pueden constar de la escritura matrimonial, cuando los introdujo al matrimonio, ó por la escritura de donación ó herencia si las recibió durante él. Los arts. 1217, n° 2 y 1226 hablan de la administración del bien raíz que la mujer puede reservarse, y no son aplicables al presente, en que se trata de las enajenaciones de los bienes muebles dotalés, que comprenden todos los que pertenezcan á la mujer por cualquier título. ¿Hasta qué cantidad puede extenderse la reserva? Comprenderá todos los bienes; la mujer puede oponerse á que se vendan, pues son de su propiedad. La excepción está mal redactada. «El marido puede enajenar los bienes muebles de la mujer», si ésta no se opusiera, debiera de agregar, y así se entenderá. ¿Por qué se vendería contra su voluntad, lo que le pertenece exclusivamente? Pero los adquirentes de buena fe deben encontrarse garantidos contra la reivindicación; no así los que tomaron las cosas sabiendo la oposición de la mujer. Lo que la ley ha querido es facultar al marido para enajenar los bienes muebles, siempre que ésta no se oponga, á diferencia de lo que sucede con los raíces en que por el contrario debe manifestar su consentimiento. Con excepción de aquellos que la mujer quisiera reservarse, quiere decir: si se reserva todos, el marido no los puede enajenar contra la voluntad de la mujer.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1254.—Si no se justifica haber invertido en bienes determinados la herencia de la esposa, el marido le es deudor de las deudas en especie, pero los bienes que posee la sociedad conyugal, se reputan gananciales y responden á las deudas del esposo.—Jur. Civ., III, 569, Sér. 1ª.





por el valor de la enajenación (art. 1256); de donde se deduce lógicamente, que respecto de los bienes que el marido llevó al matrimonio, y los que después adquirió por donaciones, herencias ó legados, pueden ser enajenados por él, sin dependencia del consentimiento de la mujer, ó de autorización judicial (art. 1255); se habla del marido mayor de edad.

(**Art. 1256.**) El artículo habla de la enajenación hecha con consentimiento de la mujer, pues de lo contrario tiene la acción reivindicatoria. Disponiendo el marido de ese dinero para sus negocios ó para las necesidades de la familia, es responsable á la mujer ó á sus herederos del valor en que se hubieren estimado en el contrato nupcial, y cuando no fueron estimados, por cualquier circunstancia, deberá abonar el valor de la enajenación. Cuando la venta es de muebles, alhajas ó cosas semejantes, introducidas por la mujer, según conste de la convención matrimonial ó de la escritura de donación ó herencia, se procederá del mismo modo, pero si no hubiere estimación como el precio puede no constar del instrumento de venta, será necesario admitir la prueba testimonial para establecerlo, sin que haya incongruencia con el principio de que no se admite esta prueba en los contratos que excedan de 200 pesos, pues aquí se trata de demostrar un hecho, como es el precio y no un contrato. Si el marido hubiera empleado dinero de su mujer, en las fincas de esta con su consentimiento, para mejorarlas ó repararlas, siempre lo deberá, porque esas mejoras son cargas de la sociedad conyugal, art. 1272, y se reputan gananciales; así es que si después ha adquirido bienes, deberá cubrir el valor de los gastos, sin perjuicio de repetir su parte de gananciales en lo que hubieren aumentado de valor.

(**Art. 1255.**) Los bienes que el marido llevó al matrimonio, así como los adquiridos durante él puede enajenarlos, sea por título oneroso ó gratuito, con la sola restricción de no perjudicar los derechos de la mujer; con relación á aquellos que le hubiere ofrecido para después del fallecimiento, necesitará el consentimiento de esta para enajenarlos.

Este artículo debía formar uno sólo con el 1277; porque el marido puede disponer de todos los bienes, excepto los adquiridos por la mu-



Cuando el marido hubiere enajenado bienes de la mujer y fuere deudor por su valor, responderá personalmente, por eso dice el (art 1259): *por lo que el marido ó la sociedad*

jer por donación ó herencia, ó que hubiere introducido al matrimonio ó le fuesen ofrecidos por la convención nupcial. Las únicas limitaciones que tiene esta facultad, es la de que necesitará la autorización judicial, si es menor de edad. Siendo mayor tiene la administración plena, y con ella la facultad de enajenar todos los bienes, necesitando sólo la autorización de la mujer, cuando se tratase de los bienes de ella y de los determinados que él le hubiera prometido para después del fallecimiento. Cuando el marido hiciere donaciones de sus bienes propios ó de los ganados durante la sociedad, estarán sugetas á la porción disponible á la liquidación de esta, reduciéndose en aquello que perjudicara las legítimas de los herederos forzosos, y la acción de reducción podrá ejercerse contra el donatario personalmente, ó contra el poseedor del inmueble donado que lleva en su título la carga de sufrir la reducción. Podrá enajenar también, los bienes adquiridos por la mujer durante el matrimonio, por donación ó herencia si se le hubieren entregado estimados para que disponga de ellos, según la voluntad de los donantes.—Véase FREITAS, art. 1352, n° 22 y nuestros arts. 133 á 136 y 1277.

(Art. 1259.) El marido puede adeudar á la mujer el importe de los bienes muebles que hubiere enajenado, así como el de los inmuebles vendidos con su consentimiento, y sea en caso de concurso ó en cualquier otro en que la sociedad cesare, ésta podrá ejercer sus derechos sin privilegio alguno, habiéndose abolido el que la anterior legislación concedía á los bienes dotales. Puede no obstante tener privilegio si el marido le concedió hipoteca, ó si ella subrogó á algún acreedor privilegiado. Puede adeudarle el marido, cuando empleó el dinero en provecho propio, sin que la sociedad haya beneficiado, ó puede deberle la sociedad, cuando fué en beneficio de ésta; porque importa hacer esta distinción, desde que ambos cónyuges tienen la mitad de los gananciales excluyendo ó los demás herederos, mientras que en los bienes propios de cada uno de ellos, su parte se estima por las de los herederos forzosos que haya dejado el fallecido.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1259.—Véase el fallo, Jur. Com., III, 569, Sér. 1ª, en la pág. 611.



adeudare á la mujer, ella sólo tiene una acción personal, sin hipoteca ni privilegio alguno, cuando el marido no le hubiese constituido hipoteca expresa.

Habiendo concurso contra el marido, ó disuelto el matrimonio, habiendo concurso contra la sociedad conyugal, se atenderá á los principios siguientes: 1º, corresponden á la mujer por acción de dominio, los bienes raíces ó muebles que existan de los que introdujo al matrimonio; 2º, le corresponden también, los que adquirió después por título propio, ó por cambio, ó compra hecha con dinero suyo; 3º, las inscripciones de la deuda nacional ó provincial, y los dineros puestos en los depósitos públicos á nombre de ella, le corresponden como propietaria (art. 1258); 4º, la mujer

(**Art. 1258.**) El artículo comprende los casos siguiente: 1º, concurso contra el marido ó de la sociedad conyugal; 2º, disolución del matrimonio por la muerte de alguno de los cónyuges; 3º, por nulidad de matrimonio; 4º, por divorcio ó separación judicial de bienes. En estos casos no es propiamente la acción reivindicatoria la que corresponde á la mujer, porque estando los bienes en poder del marido, éste los ha tenido en calidad de administrador y á nombre de la mujer, lo que excluye la voluntad de poseerlos para sí ó á nombre de otro, que no sea la mujer; por eso el dueño de una propiedad arrendada la reclamará, no por acción reivindicatoria, sino en virtud del contrato de arrendamiento. Así, la mujer probará su propiedad por la convención matrimonial, por donación, herencia, ó por haber sido adquirida con su dinero y para ella ó si fué permutada. Esos no son bienes del marido, y los acreedores en caso de concurso, ó los herederos en el de disolución, ó el mismo marido en caso de divorcio ó nulidad deben devolverlos. Cuando los hubiere enajenado sin su consentimiento, en-

La esposa no tiene privilegio por lo que le adeuda el marido ó la sociedad conyugal; los bienes se consideran gananciales si el esposo no hubiese reconocido hipoteca expresa.—Jur. Civ., IV, 186.

El privilegio especial tiene preferencia sobre el privilegio general. — Jur. Com., III, 193.

Véase Fallo al art. 1258, II, 175, pág. 615.

La tercera de dominio deducida por la esposa sobre bienes embargados como de pertenencia del marido debe ser desechada, si el título de compra se encuentra á nombre del ejecutado.—Jur. Com., I, 391, Sér. 4º.

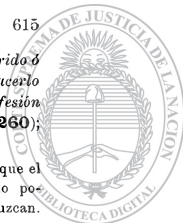
podrá probar el crédito que tenga contra los bienes del marido ó de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, con excepción de la confesión del marido, cuando concurren con otros acreedores (art. 1260);

tonces la mujer puede reivindicarlos. Los bienes determinados que el marido hubiere ofrecido para después de su fallecimiento, no podrán ser enajenados, aunque sí embargadas las rentas que produzcan. Con relación á los muebles es necesario demostrar su identidad, en caso de duda. La ley dice, le corresponden como propietaria las inscripciones de la deuda nacional ó provincial y los depósitos de dinero hechos en su nombre; todo esto sin perjuicio de demostrar que son efectivamente de ella; porque el estar á su nombre no es título bastante para probar la propiedad; lo mismo sucederá con los bienes adquiridos para ella durante el matrimonio, aunque exprese de dónde se tomó el dinero. Si el marido hubiese gravado los bienes de la mujer sin su consentimiento, se devolverán libres.—Comp. GOYENA, arts. 1290 y 1291.

(Art. 1260.) La mujer es considerada en estos casos como una persona extraña, estando investida de la misma facultad que los demás acreedores para demostrar su crédito, pero la confesión no tendrá valor contra terceros, y si sólo contra el marido. Los créditos de la mujer, pueden ser el resultado de la cesión gratuita de los acreedores del marido, ó de las cosas muebles que éste le hubiere vendido, ó de los inmuebles enajenados con su consentimiento, en cuyo caso puede demostrarlo por cualquier género de prueba; teniéndose presente que es la enajenación hecha por el marido, ó la disposición de esos bienes la que admite esa prueba; pero no así con relación á la propiedad, que debe constar en las convenciones matrimoniales ó escrituras públicas si los trajo al matrimonio, con excepción de los arts. 1223 y 1224; en cuanto á los adquiridos después, como lo determinan los arts. 1246 y 1247; ó por instrumentos auténticos, como lo establece el art. 1229. La mujer tendrá obligación de dar estas pruebas cuando

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1258.—La alegación sin prueba de que los bienes han sido adquiridos con dinero del opositor, no es bastante para fundar el dominio.—XX, 63.

Faltos de la Crim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1258.—La esposa no es responsable con sus bienes propios de las deudas contraídas por el esposo, ni aun de las multas, condenaciones pecuniarias, indemnizaciones civiles ó costas provenientes de delitos cometidos por éste.—Jur. Civ., II, 175, Sér. 1ª.



pero la confesión obligará á los herederos del marido, sin perjuicio de que éstos puedan demostrar que fué hecha en fraude de sus derechos.

§ 357.—DE LA DOTE OFRECIDA Á LA MUJER

Se dijo que la promesa de dote hecha al marido por los padres, parientes ó extraños, no podía demostrarse sino por escritura pública, y agregamos que es un caso de excepción á los principios generales, pues no confiere acción para obligar al promitente á entregarla, si no existe la escritura pública; esos principios no rigen para la ofrecida á la mujer.

La dote ofrecida á la mujer por razón de matrimonio, puede serlo en el contrato nupcial, ó en otra escritura pública separada; pero si se ofreció en escritura privada puede obligarse al promitente á extenderla en escritura pública, y sólo recién dará acción para reclamar lo ofrecido.

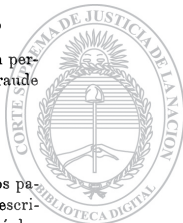
Las donaciones prometidas ó hechas á la mujer por razón de matrimonio ó como dote, son regidas por las disposiciones relativas á los títulos gratuitos (no respecto de su forma, sino con relación á las obligaciones que nacen entre donantes y donatarios), y los que las prometan ó hagan, sólo están obligados como los donantes á los donatarios en las simples donaciones. Ellas llevan la condición implícita de si el matrimonio se celebrare, ó se hubiere celebrado (art. 1248), teniéndose en cuenta lo dispuesto

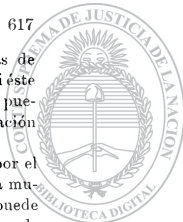
concurra con otros acreedores de su marido; pues, contra éste podrá probarlo por confesión. Si las acreencias provienen de contratos celebrados antes del matrimonio, ó de que la mujer haya venido á ser sucesora por cualquier título, estarán sujetos en cuanto á su prueba á lo establecido en los arts. 1191 á 1193.

(**Art. 1248.**) Las donaciones por causa de matrimonio no pierden su carácter de tales, porque se propongan fomentar las uniones legi-

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1260.—Véase el fallo al art. 1228—XX, 292.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1260.—Véase fallo al art. 1258.—Jur. Civ., II, 175.





en los arts. 1236, 1238 y 1240, que las donaciones hechas de presente en el contrato de matrimonio quedan sin efecto, si éste no se celebrare ó fuere anulado, mientras las demás sólo pueden revocarse cuando ocurriera la anulación ó la no celebración del matrimonio.

Cuando la dote de la mujer hubiera sido constituida por el padre, aunque declare que lo hace también á nombre de la mujer, se tomará de los bienes que le correspondan, pero no puede exceder de la porción disponible, ni perjudicar la legítima de los herederos forzosos. El marido no puede disponer á título

timas, y nuestro Código separándose con razón de sus modelos (Cód. Francés y Freitas, que obligan al donante á la evicción de la cosa donada), lo ha libertado de esa obligación al expresar, que se deben regir por las disposiciones relativas á los títulos gratuitos.

Se trata de las obligaciones que nacen de la donación, y no de la forma ni de su aceptación. Se dijo que estas donaciones no necesitan de aceptación, y explicamos cómo debía entenderse la disposición del art. 1235. Debe conciliarse la última parte con los arts. 1238 y 1240.

El presente artículo se refiere á las donaciones hechas como dote á la mujer, por el marido ó los terceros, mientras el art. 1238 habla de la que los esposos se hicieron entre sí, y están comprendidos en el 1240, y no habría razón para restringir las de éste artículo á la condición de que el matrimonio se celebrare, sin comprender el caso en que se anulare. Se tomará la última parte como meramente enunciativa, quedando legislada la materia en los arts. 1238 y 1240 cuya disposiciones debemos seguir.

En cuanto al cónyuge de buena fe se debe estar á lo dispuesto en el art. 87 y 88, matr. civ.

El principio general es, toda donación entre vivos por causa de matrimonio no tiene efecto, si el matrimonio no se realizare ó fuere anulado; pero sufre excepción tratándose de las donaciones hechas por el esposo de mala fe; en cuanto á los terceros cualquiera que sea la causa de la nulidad, y aunque ambos sean de buena fe, no pueden adquirir las que aquellos hubieren hecho; porque las relaciones del matrimonio putativo sólo rigen para los esposos. Así, cuando un matrimonio se anula, el cónyuge de mala fe no puede revocar las ventas acordadas al otro por el contrato de matrimonio; pero eso no rige para los terceros, pues para ellos quedan revocadas por la nulidad del matrimonio. — Comp. Cód. de Chile, art. 1789 y Goyena, art. 1270.

gratuito de los bienes gananciales, sino con arreglo á lo dispuesto en el título de las donaciones.

Cuando la mujer hubiere constituido la dote con autorización de su marido, se tomará igualmente de sus bienes propios y jamás de los gananciales, de los que no puede disponer hasta que no haya separación de bienes ó disolución de matrimonio.

Si la dote solamente fué prometida para entregarla después de cierto tiempo, y los que la ofrecieron hubieren fallecido, la acción se dirigirá contra la sucesión del que la prometió, teniendo en cuenta que no debe perjudicar la legítima de los herederos forzosos, y cuando el donatario es heredero necesario y concurre á la sucesión, estará obligado á colacionar lo recibido, á no ser que renunciara á la herencia, y en ese caso sólo puede retener de la donación hasta la concurrencia de la porción disponible del testador.

Siendo un principio reconocido de que la promesa de la dote no necesita de interpelación, el promitente queda constituido en mora desde la celebración del matrimonio, salvo pacto expreso en contrario, de donde se sigue que el deudor debe los intereses de las sumas ofrecidas ó los frutos naturales de las cosas que debía entregar. Si se hubiera indicado para el pago de la dote ofrecida, una suma que no producía intereses, el promitente los deberá no obstante, á menos de ofrecer la misma acreencia.



CAPÍTULO IV

PRINCIPIO DE LA SOCIEDAD, CAPITAL DE LOS CÓNYUGES Y HABER DE LA SOCIEDAD

§ 358.—PRINCIPIO DE LA SOCIEDAD

En nuestra legislación sólo se admite en el matrimonio el régimen de la comunidad de bienes, á diferencia del Código Francés y de los que lo han seguido.

Por regla general, la comunidad viene como una consecuencia del matrimonio válido, sin perjuicio de lo dispuesto sobre el putativo. Cuando ambos cónyuges hubieran contraído matrimonio de mala fe, no habrá comunidad legal, y se considerará como una sociedad de hecho, liquidándose en tal sentido, según los principios de estas sociedades. Sucederá lo contrario, cuando ambos ó uno de ellos lo hubieran contraído de buena fe, liquidándose entonces con arreglo á los principios de la comunidad legal.

La anulación del matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por los terceros á consecuencia de contratos hechos con los cónyuges, ó con el marido como administrador de la sociedad.

La sociedad principia desde la celebración del matrimonio (ante el oficial del registro civil) y no puede estipularse que principie antes ó después (art. 1261), y los cónyuges no pueden su-

(**Art. 1261.**) La sociedad conyugal comienza necesariamente con la celebración del matrimonio ante el jefe del registro civil, sin que sus efectos puedan subordinarse á condición suspensiva ó resolutoria alguna. El artículo ha salvado el inconveniente que ofrecía la redacción del art. 1399, Cód. Francés, al decir: «sus efectos comienzan desde el día de la celebración», pretendiendo algunos que debería extenderse, no desde el acto, sino donde ese día, dándole un efecto retroactivo al tiempo anterior comprendido en el día.

Los efectos legales del matrimonio, como el poder marital, la administración de los bienes de la comunidad, etc, no pueden estar su-





bordinar la existencia de ésta á una condición suspensiva ó resolutoria. El acto de la celebración crea, pues, la comunidad legal que no puede destruirse sino por la disolución, anulación, divorcio ó separación de bienes.

La sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan á lo que está expresamente determinado en este título (art. 1262).

bordinados por las convenciones matrimoniales á condición de ninguna clase, que pueda suspenderlas ó resolverlas; son leyes de orden público que los particulares no pueden alterar. Esta cuestión ha sido vivamente controvertida en la jurisprudencia francesa; pero entre nosotros no tiene razón de ser, desde que la convención matrimonial sólo tiene por objeto los casos expresamente determinados en el art. 1217 y sus incisos. Los efectos del matrimonio comienzan desde su celebración y sólo terminan con la disolución por muerte de alguno de los cónyuges por nulidad del matrimonio, por el divorcio, ó por la separación de bienes. Cualquiera estipulación contraria á la ley sería de ningún efecto.

(**Art. 1262.**) El matrimonio celebrado en la República por individuos domiciliados en ella se rigen en cuanto á los bienes: 1º, por el contrato matrimonial en lo que se relaciona con la administración, donación y bienes aportados; 2º, por las leyes de este título; 3º, como supletorias por las leyes que rigen el contrato de sociedad.

En lo que se relaciona con los matrimonios celebrados en el extranjero, el contrato nupcial regirá los bienes del matrimonio, siempre que no sean contrarios á las leyes de nuestro país, cuando se domiciliaren en él.—Véase nota al art. 4, *Ley Matr. Civ.*

El marido como administrador de los bienes pertenecientes á la mujer, no se encuentra en las condiciones generales de los mandatarios ó administradores de bienes ajenos, que deben rendir cuentas de su administración; su obligación se limita á devolver los bienes que existan á la cesación de la sociedad, ó su valor si los hubiera enajenado con consentimiento de la mujer, ó de los muebles de ella que puede vender por propia autoridad, si no se opusiere. La mujer tiene acciones reivindicatorias para reclamar sus bienes de los poseedores, ó para pedir los perjuicios que el marido le hubiere causado.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1261.—Cód. Francés, art. 1399.—Napoleón, 1395.—Holandés, 202.

§ 359.—CAPITAL DE LOS CÓNYUGES

El capital de la sociedad conyugal lo componen:

1º *Los bienes propios que constituyen el dote de la mujer* (art. 1263, 1ª parte)

2º *Los bienes que el marido introduce al matrimonio* (art. 1263, 2ª parte).

3º *Los bienes que cada uno de los cónyuges adquieran en adelante por donación, herencia ó legado* (art. 1263, 3ª parte).

Sería algo raro exigir al marido la cuenta de su administración, como lo sería pedirle á un padre esa misma cuenta. La sociedad conyugal goza de todos los frutos que produzcan las cosas introducidas al matrimonio, ó que se adquiriesen después, y el marido no debe cuenta alguna del empleo de los frutos, como no los debe el padre que tiene el usufructo. No hay ley alguna que equipare al marido á un mandatario ordinario, sujeto á la rendición de cuentas; eso sería desnaturalizar su misión, y desconocer los fines sociales del matrimonio, establecido en mira de un interés superior. Pedir cuentas al marido, equivaldría á negarle que ha obrado por autoridad propia, en ejercicio de una facultad privativa, y que hay un superior que pueda juzgar de sus acciones, cuando ejerce su derecho. La restitución de la dote es la única obligación, arts. 1317 á 1322, que la ley le ha impuesto; si el art. 1277 limita sus derechos á no hacer enajenaciones en fraude de la mujer, esto es con relación á los bienes de ésta, ó á los que él hubiere prometido para después del fallecimiento, en cuyo caso tendrá acción personal en su contra.

El Cód. Civ. Argentino, á diferencia del Francés y de los que lo han seguido, no admite otro régimen que el de la comunidad de bienes, limitada á lo que se adquiriera durante el matrimonio, que no sea por donación, herencia ó adquisición por permuta ó compra con dinero de uno de los esposos.

(Art. 1263.) Este es el capital social que permanece de cada uno de los cónyuges, y del que sólo se comunica á la sociedad, los frutos naturales ó civiles; y aquí tiene su aplicación lo dicho en el art. 1224, que cuando no hubiere escritura pública ó privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio, se juzgará que los muebles y las cosas fungibles son gananciales. Y esto es de tanta importancia, cuanto pueden serlo los muebles ó cosas consumibles que se



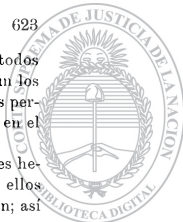


4° *Los bienes donados ó dejados en testamento á marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen á la mujer como dote y al marido como capital propio en la proporción determinada por el donador ó testador; y á falta de designación, por mitad á cada uno de ellos (art. 1264).*

llevan al matrimonio, joyas, muebles, objetos de arte, bibliotecas, etc., todo se considera ganancial, de modo que la mujer no podrá oponerse á la ejecución ó á su venta, sino presentando prueba escrita, de que le pertenecen. El Cód. Francés, art. 1401, es categórico y hace entrar en la comunidad todo el mobiliario, lo que difiere de todo los muebles que nuestro Código comprende. En cuanto al documento privado, no perjudicará á terceros, sino desde que tenga fecha cierta en los casos del art. 1035. El capital de la mujer ó del marido que entra á formar parte de la sociedad se compondrá: 1°, de los bienes que hubieren llevado al matrimonio, según el contrato, ó que constaren de escritura pública ó documento auténtico de adquisición anterior, aunque no hubiere capitulaciones; 2°, de los muebles ó cosas fungibles que hubieren hecho constar por escritura privada que les pertenecían, sirviendo el documento de suficiente prueba contra el marido ó sus herederos, y contra los terceros, solo en el caso de los arts. 1035 y 1223, última parte; 3°, de lo que adquieran posteriormente con dinero propio, estando obligados á demostrar la verdad, para con los terceros; 4°, de los bienes que adquieren durante el matrimonio por donación, herencia ó legado; 5°, de los bienes que hubieren adquirido por permuta, cambio ó cualquier otro título, si lo fué con sus propios bienes.

Para determinar los gananciales del matrimonio es necesario cubrir el capital aportado por ambos, y la liquidación debe hacerse teniendo en cuenta estos principios.—Comp. GOYENA, art. 1314.

(**Art. 1264.**) Lo donado á los cónyuges conjuntamente formará el capital de la sociedad conyugal, pero sin pertenecer á ella, pues entra como un capital que cada uno de los consocios aporta, sin perder su propiedad. Si la donación es entre vivos, aunque hubiere sido por partes iguales, no sería considerada como un bien ganancial, porque entonces el marido podría enajenarlo sin consentimiento de la mujer, mientras estando en indivisión, si bien puede hacerlo vender por su parte, tienen que reservar lo correspondiente á su esposa, y siempre será responsable personalmente por su importe. Si fuera bien ganancial, no tendría responsabilidad alguna.



Comprende, pues, el capital de la sociedad conyugal todos los muebles corporales de cualquier valor que sean, y aun los que fueren de uso particular; así como todos los derechos personales y las acreencias que pertenecieren á los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio.

Cuando se hubieren impuesto cargas en las donaciones hechas á marido y mujer, serán soportadas por cada uno de ellos en la proporción del interés que tuvieran en la donación; así

El artículo viene á decidir una de las dificultades que ofrecía la interpretación de los arts. 1404 á 1406, Cód. Francés, enseñando unos que los bienes donados pertenecían á la sociedad y los otros que correspondían á cada uno de los cónyuges.—Comp. TOULLIER, V, 59 y 60. TROPLONG, *Sociedad*, I, n° 614. RODIER y PONT, I, 591.

Si los bienes dejados en testamento hubieren sido con designación de partes, no habría derecho de acrecer; en caso contrario, ese derecho existiría en favor del sobreviviente. El derecho de acrecer no existe en las donaciones entre vivos, es propio de las disposiciones de última voluntad.

Recibido el bien, que pertenece á la mujer, entrará á formar parte de su dote con todas las restricciones que el marido tiene respecto á dichos bienes; pero puede obligar á la mujer á la enajenación de las cosas pro-indivisas, y si fuera menor deberá procederse como para los bienes de estos.

En lo que se refiere á la aceptación de la donación y que el art. 1794 exige sea hecha por cada uno de los donatarios, bastará la aceptación del marido, art. 1797, á su nombre y al de su esposa para que se reputa cumplida la condición. Si el marido la aceptare por su parte y la rechazara por la de su esposa, ésta puede aceptarla con autorización judicial. La aceptación por parte del marido, se presumirá que es por sí y por su esposa, si no expresara lo contrario.

La donación ó legado puede ser hecha para que los bienes dejados entren á formar parte de los gananciales del matrimonio, si así lo expresaren los donantes. Si las cosas donadas ó legadas fueran divisibles, muebles ó semovientes, aunque el marido puede enajenarlas en el caso del art. 1257, eso no impedirá que responda personalmente de esas enajenaciones. Una cosa es que el bien adquirido forme parte del *capital social*, otra que lo forme del *haber*; aquél pertenece á cada uno de los socios; éste á ambos y está en la mano del marido el enajenarlo,

dice el (art. 1265): *si las donaciones fueren onerosas, se deducirá de la dote y del capital del marido, ó sólo de la dote cuando fuere donación del esposo, el importe de las cargas que fuesen*

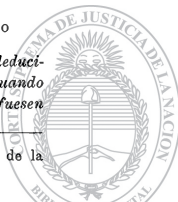
mientras no puede disponer del otro, sin el consentimiento de la mujer.

(Art. 1265.) En las donaciones onerosas ó con cargas pueden suceder: 1º, que se hagan á la mujer; 2º, que se hagan al marido; 3º, que se hagan á ambos; 4º, que el esposo la haga á la esposa. En los dos primeros casos, como las cargas disminuyen el capital propio del donatario que la sociedad conyugal debe devolver; el valor de las cargas se descontará del que introdujo el donatario. Cuando la mujer ó el marido han introducido un capital de diez mil pesos, p. e., de los que se deben pagar por las cargas del inmueble donado cinco mil, esta cantidad debe disminuirse del capital introducido, aumentándolo á su vez con el bien adquirido. Esta misma operación se hará con el capital de los cónyuges, en la tercera hipótesis, disminuyéndolo en la proporción de las cargas ó gastos. En la 4ª, se disminuirá sólo la dote por el valor de las cargas.

Goyena, art. 1317, no trae sino los tres primeros casos, habiendo aumentado nuestro Código el 4º, que puede tener lugar, cuando el marido ha donado un inmueble gravado con una hipoteca; la sociedad conyugal sólo responderá por el capital introducido por la mujer, disminuido con el importe del gravamen.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1264.—L. 1, Tit. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—En algunos Códigos y en muchos escritores se dispone que los bienes donados ó dejados en testamento al marido y la mujer conjuntamente pertenecen á la sociedad. Bello, en una nota al Título 22 del Código de Chile, dice así: «No es lo mismo pertenecer una cosa á la sociedad, que pertenecer á los dos cónyuges en común. Un ejemplo lo manifestará: Se lega una hacienda á ambos cónyuges. Mientras está *pro indiviso*, la mujer tiene tan real y verdadero dominio en ella como el marido; el marido no puede enajenar la hacienda, sin las formalidades necesarias para la enajenación de los bienes raíces de la mujer, al paso que pudiera enajenar libremente una finca que formase parte del haber social. Dividida entre ellos la hacienda, la mujer toma su parte y adquiere el sólo dominio de ella, que es como cualquiera de sus bienes parafernales. Si la mitad de la hacienda no le hubiese pertenecido *pro indiviso*, la división la habría dado el dominio exclusivo de la mitad de una cosa social, lo cual, mientras dura la sociedad es contra derecho. La hacienda, como propiedad de ambos cónyuges, puede, durante la sociedad, dividirse entre ellos; si fuese haber social no podría dividirse.

Véase Proyecto de Goyena, art. 1316.



soportadas por la sociedad, pero esto sólo se tendrá en cuenta para los casos de liquidación.

§ 360.—BIENES PARTICULARES DE LOS CÓNYUGES

Aunque los bienes que cada uno de los cónyuges llevan al matrimonio forman el capital de la sociedad conyugal, no por eso dejan de pertenecerles en propiedad, y cada uno puede disponer de ellos con arreglo á las leyes que determinan la capacidad de hecho.

Así, corresponden á cada uno de los cónyuges:

1° Los bienes que llevaren al matrimonio y que se hicieron constar por escritura pública.

2° Los inmuebles adquiridos antes de la celebración del matrimonio.

3° Los bienes que adquiriesen cada uno de ellos por donación, herencia ó legado; así como los cedidos en pago de acreencias adquiridas antes del matrimonio.

4° *Los que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, ó el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos, y los aumentos materiales que acrecen á cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por alusión, edificación, plantación ú otra cualquier causa, pertenecen al cónyuge permutante, ó de quien era el dinero, ó á quien correspondía la especie principal (art. 1266).*

Aubry y Rau, § 507, n° 3, dicen: «en cuanto á los inmuebles abandonados á uno de los cónyuges, con cargo de pagar las deudas del cedente, se deben considerar, sea como una adquisición con cargos, sea como libres, según que el abandono constituya en realidad un acto á título oneroso, ó que forme una donación con cargos, salvo en este último caso, de compensar á la comunidad del monto de las deudas que hubiere pagado» para su definitiva adquisición.—Comp. arts. 1274 1286 á 1828 y 2146, n° 3.

(Art. 1266.) Es necesario que la permuta ó cambio se haga con bienes de uno de los cónyuges, especificándose que es para el otro, pues si el marido lo hiciera para sí, entrará á formar parte del haber social, sin perjuicio de que la sociedad responderá por dichos



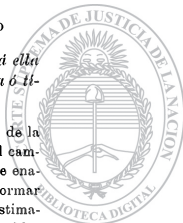
5° *La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece á ella aunque se haya adquirido á título oneroso, cuando la causa ó ti-*

bienes, si la enajenación del inmueble fué con consentimiento de la mujer, en caso contrario ésta tendrá acción reivindicatoria. Si el cambio ha sido de bienes muebles de la mujer, que el marido puede enajenar, siempre que ella no se oponga, los cambiados entran á formar parte del haber social, respondiendo el marido por el valor de la estimación, ó el de la venta en caso de no haberse estimado. Los muebles cambiados por otros muebles, como los inmuebles adquiridos por el cambio de muebles, sólo corresponderán al socio propietario, cuando se hubiere expresado en el título que la adquisición se hace para la mujer con su consentimiento; porque si no ha consentido, ésta tendrá acción personal contra la sociedad, y subsidiariamente contra el marido por el valor de ellos. Cuando se adquieren inmuebles con el dinero de alguno de los cónyuges, es necesario que llenen las condiciones del art. 1246 y su nota, si son para la mujer; si la adquisición se hace con dinero del marido introducido á la sociedad, debe expresarse igualmente, para que entre ese bien á formar parte de su capital, si nada se hubiere dicho, el bien formará parte del haber social, que responderá siempre del capital introducido por el marido.

Los aumentos materiales de la cosa adquirida, como por aluvión, edificación, plantación, avulsión ó cualquiera causa semejante, pertenecerán al dueño; lo que no excluirá la obligación de pagar lo hecho en la cosa por la sociedad. La casa edificada en un terreno vacío, pertenecerá al dueño del terreno, sea de la mujer ó del marido; pero el valor del edificio corresponde á la sociedad conyugal y es bien ganancial, sino fué hecho con dinero propio de alguno de los cónyuges. La plantación de un terreno vacío se encuentra en las mismas condiciones, y como en este caso hay buena fe por parte del marido, la sociedad debe beneficiar de esos aumentos de valor.

En cuanto á los bienes muebles comprados por el marido con su capital propio, pertenecerán á la sociedad conyugal, si éste no hace constar que los adquiere para sí con su dinero; pero la sociedad responderá al marido de su valor, así es que jamás podrá considerarse como una donación indirecta á la mujer.

La sociedad conyugal responde del capital que recibe de ambos cónyuges, y en caso de liquidación debe deducirse primero, para saber lo que importan los gananciales. El Cód. de Chile, art. 1727, no expresa bien la idea cuando dice: que estas cosas no entrarán á compo-



tulo de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges (art. 1267).

ner el haber social; porque en realidad lo hecho por la sociedad para aumentar el valor de las cosas forman su haber, aunque éstas no les correspondan; por eso el Cód. Argentino, dice: la cosa será del dueño, correspondiendo á la sociedad lo hecho para aumentar su valor. — Véase art. 1272, n° 6.

(**Art. 1267.**) Tres condiciones parece exigir el artículo: 1ª, que la cosa se haya adquirido durante el matrimonio; 2ª, que la causa ó título haya sido anterior al matrimonio; 3ª, que se haya pagado con dinero propio de uno de los cónyuges. Esta última condición no la trae el Cód. de Chile, art. 1736, de donde fué tomado nuestro artículo, y se ha puesto para dar mayor claridad á la idea. Algunos han creído que si el bien adquirido antes del matrimonio era pagado por la sociedad, correspondía á ésta y no al cónyuge que lo adquirió. Si la sociedad ha pagado el precio, será acreedora de él, pero no propietaria de la cosa que uno de ellos había adquirido antes. Lo mismo sucedería si la cosa fuere vendida por uno de los cónyuges y se aportó el precio debido como capital social; si el contrato se resuelve por falta de pago, la cosa vendrá á ser del cónyuge que la aportó, sustituyendo el precio que figura en el contrato; habiendo decidido nuestro Código una cuestión muy debatida entre los jurisconsultos franceses, sosteniendo unos como Aubry y Rau, § 507, nota 48, que la acción de resolución es un medio de hacer valer la acreencia resultante del contrato de venta y que ha ingresado á la sociedad como un accesorio de esa acreencia, y la contraria Duranton (XIV, n° 173.) Pothier, (n° 189 y 628, *Comuni-*

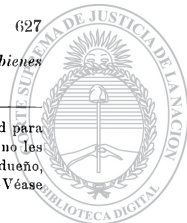
Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1266.—En cuanto á la permuta, L. 11, Tit. 4, Lib. 3, F. R.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1266. — Véase el fallo al art. 1247.—XXI, 550.

La enunciación de haber sido comprada por el marido una finca con dinero de la mujer, debe resultar del mismo título de adquisición, para poderla hacer valer la mujer en favor del dominio que pretende sobre ella.—XXX, 585.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1266.—Los edificios ó mejoras hechas en terreno de uno de los cónyuges, pertenecen al cónyuge supérstite.—Jur. Civ., II, 204, Sér. 1ª.

El importe de los del viudo, no debe ser incluido en el haber de la testamentaria de la esposa, sino en la parte que ellos hayan sido objeto de mejoras durante la sociedad conyugal.—Jur. Civ., II, 417, Sér. 3ª.



6º *Los bienes que antes de la sociedad poseía alguno de los cónyuges por un título vicioso, pero cuyo vicio se hubiese purgado*

dad. Troplong) (I, n° 518) y Laurent (XXI, n° 295) opinión que ha consagrado nuestro art. 1270. Así, la compra de un inmueble hecha bajo condición por uno de los esposos, lo hace propietario, si la condición se cumple durante el matrimonio, aunque el precio lo abonare la sociedad conyugal; del mismo modo, si un tercero ha comprado en nombre de uno de ellos (antes del matrimonio) un inmueble, la ratificación posterior hace que se considere adquirido fuera del matrimonio, y de la exclusiva propiedad del que ratifica el acto. Algunos suponen que la expresión pagado indica, que si no lo ha sido antes del matrimonio, ya no pertenecerá al cónyuge, aunque el título sea anterior; pero es un error. En efecto, la promesa de una compra ó la compra misma sin haber pagado el precio, en nada altera la adquisición del derecho, que una vez ejecutado y consumado hace retrotraer las cosas al momento del contrato, y viene á ser adquirida fuera del matrimonio. La causa principal de que la cosa sea de uno de los cónyuges, es que el título de adquisición ha sido anterior al matrimonio; así, se reputa propio de uno de ellos, el bien adquirido durante el matrimonio por una prescripción comenzada antes de él; el adquirido por transacción ó desistimiento de un pleito iniciado antes del matrimonio, ó cualquier bien cuya adquisición estuviera subordinada á la condición de su celebración. Si el marido ó la mujer hubieran vendido antes del matrimonio algún bien raíz con pacto de retroventa, el ejercicio de este derecho durante el matrimonio, haría que el bien perteneciera en propiedad al que se lo reservó; porque no es una nueva adquisición que hace, es el cumplimiento de una condición resolutoria, que viene á dejar sin efecto la venta anterior.—LAURENT, XXI, n° 294.

El Código ha salvado las dificultades que ofrecía el art. 1401 del Francés con la palabra posesión. El Cód. Chileno, art. 1136, es más claro y comprende igualmente, como bienes propios de uno de los cónyuges lo que se le paga por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, como, p. e., la renta vitalicia, y así debemos considerarlo por nuestro derecho, porque no son frutos que se reputan gananciales, en lo que está conforme el Dr. Segovia; pero cree lo contrario, cuando la renta no proviniese de enajenación de capital, y aunque se comprende que habría alguna razón para hacer tal distinción, no la autoriza el Código, que sólo comprende como gananciales los frutos civiles de la profesión, trabajo ó industria, y no las pensiones vitali-





durante la sociedad por cualquier remedio legal (art. 1268), porque las cosas son del que las posee, mientras nadie las reclame como propias.

7° *Los bienes que vuelven á cualquiera de los cónyuges por nulidad ó resolución de un contrato, ó por haberse revocado una donación (art. 1269).*

cias de que gozara al contraer el matrimonio. Basta recorrer los siete números del art. 1272 para convencerse que no están comprendidos entre los gananciales, y que son propios de cada cónyuge.

(Art. 1268.) La posesión está puesta como equivalente de propiedad, porque se trata de esta que entra á formar parte del capital social. Cuando el título de propiedad tuviere cualquier vicio, el reconocimiento por transacción, confirmación, renuncia, ratificación, prescripción, ó cualquier otro medio que venga á hacerlo inconvencible, en nada aumentará la propiedad que ya tiene, aunque le sea contestada por otro; lo único que le da es la seguridad de no ser molestado, y eso no aumenta la propiedad misma. Aubry y Rau, § 507, n° 3, dicen: «cualesquiera que sean los vicios que los títulos tuvieran, su confirmación ó el reconocimiento de su validez por transacción, no da á los inmuebles que son su objeto el carácter de adquisición, aunque la confirmación ó transacción haya tenido lugar mediante un precio que haya sido pagado de los dineros de la comunidad.»

Las palabras: por cualquier remedio legal del texto, dan á la vez la extensión y el límite de la acción que puede usar el que se dice propietario, como, p. e., la acción de prescripción. He comprado una cosa ajena antes del matrimonio; el propietario por transacción me confirma la venta durante el matrimonio, pagándole un precio que puede ser el mismo del inmueble; esa propiedad es mía, aunque la sociedad haya pagado el precio.—Comp. Cód. Chileno, art. 1736, n° 2.

El artículo dice: *antes* de la sociedad, y como ésta no comienza sino después del matrimonio, no se debe tomar en cuenta el espacio de tiempo entre éste y la convención nupcial.

(Art. 1269.) Este artículo ha resuelto una cuestión muy debatida entre los jurisconsultos franceses. Pothier enseña que el inmueble es

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1268.—La cosa adquirida durante la sociedad, pero cuya causa es anterior al matrimonio y lo poseído por alguno de los cónyuges antes del matrimonio, por título vicioso juzgado durante la sociedad conyugal, no pertenece á ésta, sino al que la adquirió y poseyó.—XVI, 123.



8° *El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad durante el matrimonio (art. 1270, 1ª parte).*

propio del esposo, desde que la causa de la adquisición hubiera sido anterior, y la consagra el art. 1267, y se pregunta: ¿Se debe aplicar á la resolución de la venta por defecto de pago del precio? En la legislación francesa todo contrato lleva consigo el pacto comisorio, que entre nosotros es necesario estipular expresamente; haciendo esta distinción, nuestro Código resuelve la dificultad diciendo: la resolución del contrato, sea porque haya pacto comisorio, ó porque sea nulo por algunos de los vicios que la invalidan, hace que la propiedad vuelva á ser del que era antes de la enajenación. Anulado un contrato de venta, resuelto, ó revocada la donación por causa de ingratitud, si el bien vuelve á la sociedad conyugal, ésta lo tomará como capital del socio que era su dueño. ¿Se aplica este principio á los actos jurídicos? Sí, pues, anulado el testamento por el cual se legaba un inmueble á un tercero, si ese inmueble vuelve á ser propiedad de uno de los cónyuges, entrará á formar parte de su capital.—Comp. LAURENT, XXI, 295.

(Art. 1270.) Los frutos que la cosa produce pertenecen á la sociedad aunque la propiedad sea de uno sólo de los cónyuges; lo que no se comunica es el derecho de usufructo, que es diferente de los frutos, pues no sería justo que la sociedad entrase como usufructuaria. Si uno de los cónyuges tiene la nuda propiedad, y por muerte del usufructuario, se consolida con el usufructo, éste no entrará á formar parte del haber social. Si teniendo el usufructo uno de los cónyuges, la sociedad hubiera adquirido durante el matrimonio la nuda propiedad, no será considerado como bien social.

Los intereses devengados antes del matrimonio forman parte del capital del cónyuge á quien le eran debidos, y por consiguiente los vencidos durante el matrimonio son gananciales, porque son frutos civiles de los capitales particulares de los cónyuges que forman parte del capital social. Cualquier acreencia anterior al matrimonio ó sujeta bajo condición suspensiva ó resolutoria, que se venciera durante él pertenece como capital al cónyuge acreedor; pero las costas y gastos hechos para la cobranza se consideran gananciales. La ley dice: «no forman parte del haber social, el derecho de usufructo que se consolida con la nuda propiedad durante el matrimonio»; pero se entiende que los frutos de esa propiedad corresponden á la sociedad conyugal; es el derecho de usufructo que no pasa á la sociedad. El Cód. de Chile, art. 1736, de donde fué tomado el nuestro, es más claro cuando

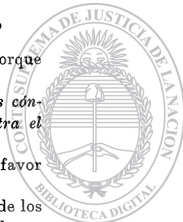


9° *Los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del*

dice: «tampoco pertenecerá á la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad, que pertenece al mismo cónyuge; los frutos sólo pertenecen á la sociedad», y así debe entenderse el artículo. Goyena, art. 1322, enseña: «que el usufructo ó pensión perteneciente á uno de los cónyuges perpetuamente ó durante su vida, forma parte de sus bienes propios; pero los frutos é intereses durante el matrimonio son gananciales», distinguiendo los frutos del derecho de usufructo. «Si el usufructo ó pensión no fuesen perpetuos ó vitalicios, agrega, los frutos ó intereses aunque sean devengados durante el matrimonio, son bienes propios del cónyuge usufructuario ó pensionista, con deducción de los gastos suplidos por la sociedad» y para explicar esta diferencia, supone el caso del cónyuge que aporta un capital de mil duros, que deben devolverse á la disolución de la sociedad, y del mismo cónyuge que aporta una pensión de mil duros anuales, que deberán pagársele durante diez años, y que á la disolución no podrá cobrar un sólo peso, lo que sería una injusticia. La economía de nuestra legislación es diferente, siendo el cónyuge heredero necesario y socio, no ofrecería peligro alguno adoptar una conclusión contraria; pero en el art. 1267, hemos aceptado el sistema de formar capital propio del cónyuge con la pensión ó renta de que goza. La dificultad que se ofrece es sólo con relación al usufructo no vitalicio, que nosotros hacemos comunicable á la sociedad, mientras ella exista, sin reconocer el derecho de usufructo. Se puede pues establecer, que si bien el usufructo entra á formar parte del capital del socio que lo aporta, él se comunica en los frutos á la sociedad conyugal; pero en caso de disolución continuará siendo del cónyuge que lo aportó, sin que pueda contarse en el haber social. Esto es lo que establece nuestro artículo cuando dice, que el usufructo no pertenece á la sociedad.

Si durante el matrimonio se enajenare el usufructo de un bien raíz de la mujer ó del marido, y la consolidación tuviera lugar durante la sociedad, ésta habría adquirido el precio pagado, porque es una ganancia; no sucedería así en caso contrario, pues habiéndose desmembrado la propiedad, ésta permanece como tal y el importe corresponderá al dueño de ella, salvo el derecho de la sociedad para reclamar los frutos que habian podido obtenerse durante el matrimonio. —Véase LAURENT, XXI, 240. MOURLON, III, 419.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1270.—Sobre los cuatros artículos anteriores.—Cód. de Chile, art. 1736.



del matrimonio y pagados después (art. 1270, 2ª parte); porque estaban adquiridos antes de formarse la sociedad.

10º Las donaciones remuneratorias hechas á uno de los cónyuges, ó á ambos por servicios que no daban acción contra el que las hace (art. 1274, 1ª parte).

11º Las pensiones, dotaciones ó rentas constituidas en favor de uno de los cónyuges.

12º Los objetos sacados de algún inmueble de uno de los cónyuges; por ejemplo, los materiales provenientes de la demolición de edificios.

§ 361.—DE LOS BIENES GANANCIALES DE LA SOCIEDAD;
HABER SOCIAL

La sociedad conyugal tiene por base la comunidad legal de

(Art. 1274.) Las donaciones remuneratorias pueden fundarse en servicios que dan acción para reclamarlos, y como esos servicios se reputan frutos civiles se consideran gananciales; quiere decir, que se tomará la donación como el pago del servicio, y corresponde á la sociedad; pero hay otros que no dan acción para pedir recompensa, como los cuidados y atenciones que se tienen para una persona, y las dádivas que se hacen por esa causa ó por otra semejante, como el de haber salvado la vida á la persona, corresponden exclusivamente al donatario. Debe distinguirse igualmente, el tiempo en que fué hecho el servicio cuyo pago pueda exigirse, si fué antes del matrimonio, la sociedad no lo adquiere, porque la causa de la donación fué anterior á su existencia, es el caso del art. 1267; pero si lo fué durante la sociedad, la donación corresponde á ésta, porque el servicio es un fruto civil.

Es una cuestión de derecho la de averiguar si el servicio es de aquellos que pueden demandarse civilmente. Si la remuneración fuere por un servicio en violación de las leyes, se reputará gratuito, y en cualquier tiempo que se hiciera pertenecerá á la sociedad; la ley no puede prestar su autoridad para proteger tales actos.—CÓD. DE CHILE, art. 1738.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1270.—Los gananciales en general, y por lo tanto, bienes sociales, todos los que adquiridos durante el matrimonio, no lo han sido por herencia, donación ó legado, aun cuando hayan sido obtenidos á nombre particular de uno de ellos.—XV, 436.

(Art. 1270.) Véase pág. 630.

bienes, en cuanto á los adquiridos durante el matrimonio, como una necesidad de subsistencia. Se puede, pues, sentar como un principio general, que *pertenecen á la sociedad como gananciales*.

1° *Los bienes existentes á la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían á alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, ó que los adquirió después por herencia, legado ó donación (art. 1271).*

(Art. 1271.) Este artículo está explicado en el 1224 y 1263 con los que se armoniza y completa. La regla general es: todos los bienes existentes á la disolución de la sociedad conyugal son gananciales, salvo la prueba en contrario. Esta es una presunción legal que puede desvanecerse con determinada prueba. Así, tratándose de cosas muebles ó cosas fungibles llevadas al matrimonio ó adquiridas por donación ó herencia, la propiedad exclusiva debe probarse por escritura pública ó privada, pero ésta no valdrá contra los terceros, sino desde que adquirió fecha cierta, art. 1035, ó en el caso del art. 1223. La propiedad de los inmuebles adquiridos antes ó durante el matrimonio por donación ó herencia, se demostrará por escritura pública ó títulos auténticos; los adquiridos con el dinero de uno de ellos, haciendo constar la procedencia del dinero, y en caso lo fueren para la mujer, ésta manifestará su consentimiento y la adquisición se hará en su nombre. Véase nota al art. 1246. Si es por permuta ó cambio, debe hacerse constar en la escritura los bienes que se han entregado, y los que se han adquirido en su lugar.

Respecto á la propiedad de los inmuebles ó cosas no fungibles no se admitirá otra prueba que la escritura pública ó privada contra terceros acreedores de la sociedad, y contra el marido ó sus herederos la confesión de la deuda. Freitas, art. 1347, dice: «presúmesse que son adquiridos (por la sociedad) cualquier bien existente en poder de cualquiera de los cónyuges ó de ambos; en cuanto no se probare que son propios de uno de ellos, ó por la escritura del contrato de matrimonio, ó por haber sido adquiridos después del casamiento, por donación, herencia ó legado.» La prueba de que los bienes pertenecen á cualquiera de los cónyuges está determinada en los arts. 1217, 1223, 1224, 1229, 1246, 1247, 1260, 1266 á 1270.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1271.— . 4, Tit. 4, Lib. 10, Nov. Rec. y L. 203 del Estilo.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1271.—Los bienes comprados á nombre de la esposa, pero que no consta lo hayan sido con dinero de ella, y como





2° *Los bienes que cada uno de los cónyuges ó ambos adquieren durante el matrimonio por cualquier título que no sea herencia, donación ó legado (art. 1272);* porque sólo se comunican los adquiridos por su trabajo ó por la suerte.

3° *Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra á otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno sólo de los cónyuges (art. 1272, n° 1), á menos de constar que lo fué con dinero propio de uno de ellos.*

(Art. 1272, n° 1.) La última parte del inciso está subordinada á lo establecido en los arts. 1246, 1247 y 1266, porque si los bienes han sido adquiridos con dinero de uno de los cónyuges, el bien le corresponde. La presunción legal es en favor de la sociedad, salvo la prueba contraria dada por escrito, en la forma determinada en los arts. 1217, 1223 y 1229 y los citados al principio de esta nota. En esta parte no podemos guiarnos por la jurisprudencia francesa, que establece lo contrario de la nuestra, en lo referente á los bienes muebles que están bajo el régimen de la comunidad. Los bienes muebles ó inmuebles adquiridos durante la sociedad por compra ó título oneroso le pertenecen, si no constare por el título de adquisición que corresponde á alguno de los cónyuges particularmente. Este inciso repite la presunción del art. 1271, confirmando la excepción.

es de la misma el dinero en el documento de compra, pueden ser enajenados y obligados á título oneroso por el marido.—XXIII, 431.

Son gananciales en general, y por tanto bienes sociales, todos los que adquiridos durante el matrimonio, si no lo han sido por herencia, donación ó legado, aun cuando hayan sido obtenidos á nombre particular de uno de ellos.—XV, 436.

Los bienes poseídos por la mujer se consideran de la sociedad conyugal, si no se prueba que pertenecen á aquella exclusivamente.—XVIII, 44.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1271.—Véase fallo al art. 1253.—Jur. Com., III, 569, Sér. 1°.

Los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal se suponen gananciales aun cuando hayan sido comprados á nombre de uno de los esposos, mientras no se justifique plenamente que la adquisición se hizo con fondos particulares.—Jur. Civ., IV, 378, Sér. 3°.

Para que las enunciaciones de la escritura de propiedad exclusiva de la esposa sobre bienes adquiridos durante la sociedad conyugal formen prueba, debe justificarse que fué adquirida con fondos producidos de otros bienes provenientes de herencia.—Jur. Com., VI, 403, Sér. 3°.



4º *Los adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc. (art. 1272, n° 2).*

Cuando se ha adquirido el bien raíz durante el matrimonio, para uno sólo de los cónyuges, aunque se diga en el título que se hace la adquisición con dinero que le pertenecía, y se indicase como le corresponde á la mujer, esta enunciaci6n no constituye una prueba para los terceros. La mujer deberá demostrar la verdad de la afirmaci6n hecha en la escritura de adquisici6n. El que ataque el acto, no puede dar una prueba negativa. ¿C6mo demostraría que la mujer no ha tenido el precio de la cosa, por donaci6n 6 legado?—Véase lo dicho en la nota 1246.—Comp. FREITAS, art. 1346, n° 1. GOYENA, art. 1319.

(Art. 1272, n° 2.) Pertenecen á la sociedad, aunque el dinero con que jugaron corresponda á uno sólo de los cónyuges. Cuando se trata de colocaci6n de dinero en compaías de seguros sobre la vida, es necesario distinguir las operaciones: 1º, si se asegura la vida de uno de los cónyuges; 2º, si el seguro es por un tiempo determinado para tomar el capital y los intereses acumulados. Para resolver estos casos es necesario determinar si las cuotas se pagan con el dinero del cónyuge asegurado, 6 si se hace con el de la sociedad; en el primer caso el capital corresponde á los herederos del asegurado, y lo demás á la sociedad; porque uno de los cónyuges no ha podido sustraer de los ganancias ese provecho obtenido, que se compone en parte de los intereses del dinero, que son frutos correspondientes á la sociedad, y de la ganancia obtenida por el acontecimiento de la muerte. Si la p6liza era por tiempo determinado en favor de uno solo de los cónyuges, y le fuera pagada durante el matrimonio, será propio el capital invertido, si los pag6 con su dinero, y lo demás corresponderá á la sociedad como frutos. Si en los dos primeros casos se pagaren con dinero de la sociedad, el importe del seguro corresponderá á ésta, porque el capital, los intereses y la ganancia obtenida forman parte de los gananciales. En esta parte no puede servirnos de guia la jurisprudencia francesa, pues hay diferencias fundamentales de la nuestra; sin embargo, es aplicable lo que dice Laurent, XXI, n° 235, que, «si el contrato es aleatorio en lo que se refiere al pago de las primas que tienen una duraci6n cierta que depende de la época de la muerte, no lo es en cuanto á la obligaci6n que la compaía contrae hacia el asegurado, desde que el monto de la p6liza es invariable y fijo; de donde deduce la consecuencia, de que el capital lo adquiere el asegurado desde el día del contrato, pues sólo difiere su exigibilidad al día de la muerte, y es un derecho adquirido», por



5° *Los frutos naturales ó civiles de los bienes comunes, ó de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, ó pendientes al tiempo de concluirse la sociedad (art. 1272, n° 3).*

consiguiente, debe pertenecer á la sociedad conyugal, no sólo por esta razón, sino porque ninguno de los conyuges tiene derecho para substraer de la comunidad los frutos de las cosas que forman el capital social, y esos dineros, aunque propios de uno de los cónyuges, han sido colocados al contratar el seguro, y el interés como las ganancias obtenidas son comunes. — Véase nota al art. 1273. — Comp. AUBRY y RAU, § 522, notas 8 y 9.

Freitas, art. 1346, n° 2, agrega: «lo adquirido por aluvión (en los inmuebles de la sociedad) aunque no hubiere existido trabajo alguno ó gastos anteriores», y así debe entenderse en nuestro derecho.

(Art. 1272, n° 3.) Los frutos pendientes á la constitución de la sociedad le corresponden, así como los que hubieran quedado al concluirse, de modo que si se ha contraído un segundo matrimonio, no hará suyos los frutos pendientes de la sociedad anterior.

Se entienden por frutos los que produce la cosa regular y periódicamente sin alterar ni disminuir su sustancia, ó los que nacen y renacen sucesivamente, según la expresión de Proudhon, y por productos de una cosa, los objetos que se sacan de ella y que una vez separados, no los produce, como las piedras de una cantera, ó el mineral sacado de una mina, nota al art. 2329; sin embargo, en el terreno de los principios, la significación dada á los frutos es la de rendimientos ó utilidades que la cosa produce, y lo son los alquileres de una casa, aunque se deteriore ó perezca por el uso; las utilidades que da un carruaje de alquiler ó cosas semejantes. Los productos de las minas son gananciales según el art. 344 del Cód. de Minería, y á su semejanza deben ser los cortes de los bosques que con facilidad se reemplazan por las plantaciones. En este sentido hemos sostenido, que si el derecho de usufructo forma el capital propio del cónyuge que lo lleva al matrimonio, los frutos que la cosa producía se debían reputar gananciales, art. 1240; pero no así las rentas ó pensiones que no son frutos, ni productos aunque haya alguna semejanza, á diferencia del derecho francés que las comprende expresamente, art. 1401, n° 2. Todo lo que produzcan las cosas introducidas por los cónyuges al matrimonio y que forman el capital, debe comunicarse á la sociedad conyugal. — Véase FREITAS, art. 1346, n° 5.



6° *Los frutos civiles de la profesión, trabajo ó industria de ambos cónyuges ó de cada uno de ellos (art. 1272, n° 4).*

7° *Lo que recibiese alguno de los cónyuges, por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio (art. 1272, n° 5).*

8° *Las mejoras que durante el matrimonio hayan dado más valor á los bienes propios de cada uno de los cónyuges (art. 1272, n° 6).*

(Art. 1272, n° 4.) Lo ganado por los esposos durante la sociedad es ganancial y corresponde á ésta, y aunque no se hubieren cobrado, se tomarán en cuenta en la liquidación; del mismo modo no lo será lo ganado antes y recibido durante ella. ¿Se comunicará igualmente, lo adquirido por medios ilícitos por uno de los cónyuges? Ni la mujer ni el marido pueden retener como propia una cosa alegando una causa torpe; pero la ley no puede prestar su sanción para intervenir en tales asuntos; así, lo obtenido por medio del fraude, engaño, violación de las leyes, ó cualquier causa torpe debe comunicarse entre esposos como ganado durante el matrimonio, teniendo una causa lícita.

El Cód. Civ. Alemán, art. 1367, declara bienes reservados lo ganado por la mujer con su trabajo ó con una industria personal.

(Art. 1272, n° 5.) Si se comunica el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio, que se puede decir es un derecho personalísimo del padre, con más razón debe comunicarse el usufructo aportado como capital propio de uno de los cónyuges. La razón de este inciso no sólo es la necesidad de la manutención de los hijos comunes, como lo indica Goyena en el art. 1322, si no la imposibilidad de llevar una cuenta separada con relación á los hijos de un primer matrimonio, y sobre todo, porque los frutos que uno de los cónyuges perciba deben comunicarse á la sociedad para ayudar á las cargas de ésta. No se concibe una sociedad en que todo sea común, y que uno de ellos se sustraiga á la regla teniendo bienes cuyos frutos perciba solo.

(Art. 1272, n° 6.) Por mejoras se entienden los gastos ó trabajos hechos en una cosa con el objeto de darle mayor valor. No se hace distinción entre las mejoras necesarias, útiles ó voluntarias, ni tampoco se tienen en cuenta si existen ó no á la disolución de la sociedad. El criterio para saber lo que cada uno de los cónyuges debe á la sociedad por mejoras, es el mayor valor que la cosa haya recibido con éstas. La edificación de que habla el art. 1266, debe naturalmente pa-



9º *Lo que se hubiese gastado en la redención de servidumbres, ó en cualquier otro objeto de que sólo uno de los cónyuges obtenga ventajas (art. 1272, nº 7).*

garse por el cónyuge á quien pertenece el terreno vacío, así como la plantación, no por lo que se hubiere gastado, sino por el mayor valor que tenga al tiempo de la disolución de la sociedad por ocasión de las mejoras, de modo que si el terreno ó cosa mejorada no aumentó de valor en la proporción de lo gastado, sólo se deberá el aumento. La estimación no debe comprender el aumento de valor de la cosa en que no haya intervenido la sociedad.—FREITAS, l. c., nº 4.

Este número no comprende las reparaciones necesarias del artículo 1275, nº 2.

(Art. 1272, nº 7.) Las servidumbres que pesan sobre una propiedad disminuyen su valor; así, la adquisición de la completa libertad de ese inmueble le da en realidad mayor valor, y el dueño de él debe pagarlo á la sociedad. Es una aplicación más extensa del principio sentado en el número anterior, y es una confirmación de la regla; la única diferencia es que aquí no se toma como criterio, para abonar ese gasto á la sociedad, el mayor valor de la cosa, sino el precio mismo pagado por la redención de la servidumbre.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1272.—LL. 1, 2 y 5, Tít. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—Sobre la última parte, véanse.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1272.—Los bienes comprados á nombre de la esposa, pero que no conste que lo hayan sido con dinero de ella, y cómo es de la misma el dinero, en el documento de compra, pueden ser enajenados y obligados á título oneroso por el marido. Dichos bienes pueden mandarlos enajenar el juez para satisfacer obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio.—XXIII, 431.

No habiéndose abierto el juicio testamentario por fallecimiento del marido, los bienes fincados se reputan gananciales.—XX, 89.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 1272.—Los bienes adquiridos por la esposa á título oneroso durante la sociedad conyugal responden á las deudas del marido.—Jur. Com., IV, 352, Sér. 1º.

Sólo puede oponerse á la inclusión de bienes en los gananciales, el esposo que se considera con derecho exclusivo á ellos.—Jur. Civ., I, 328, Sér. 3º.

En los arrendamientos que produzcan los bienes de la esposa, su embargo es procedente, decretada y consentida la inhibición, en virtud de la demanda de separación.—Jur. Civ., VII, 591, Sér. 1º.

El representante de la esposa puede ejercer acciones deducidas por el marido, si éste manifiesta su conformidad y se fundan en un bien ganancial.—Jur. Civ., III, 192, Sér. 5º.



10° *Las donaciones remuneratorias que se hicieren (á uno de los cónyuges) por servicios que hubiesen dado acción contra el donante, salvo que dichos servicios se hubieran prestado antes de la sociedad conyugal, pues en tal caso la donación remuneratoria no corresponde á la sociedad, sino al cónyuge que prestó el servicio (art. 1274, 2ª parte).*

11° *Los bienes que durante el matrimonio debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos, ó por haberse embarazado injustamente su adquisición ó goce (art. 1273); porque el derecho estaba adquirido, faltando la posesión ó goce de la cosa.*

(Art. 1273.) Este artículo es una de las aplicaciones del 1267, donde se declara no pertenecer á la sociedad conyugal los bienes adquiridos durante ella, cuando el título de adquisición le hubiera precedido, y siguiendo la misma teoría, cuando el título se hubiese obtenido durante la sociedad, los bienes recibidos después de la disolución deberán ser gananciales; porque se atiende al tiempo de la adquisición; es por eso que hemos reputado ganancial el premio del seguro adquirido durante la sociedad, aunque deba pagarse á la disolución. Cuando el bien no hubiera podido obtenerse, sea por ignorarse dónde se encontraba, ó porque hubiera embarazado su adquisición, como si alguien lo hubiese retenido y fuese necesario una demanda de reivindicación, que se hubiere fallado después de disuelta la sociedad, ese bien corresponde á ésta con todos los frutos producidos; pero deben pagarse las costas ó gastos hechos por el cónyuge sobreviviente para conseguir la reivindicación. Habiendo sido adquirido el bien durante la sociedad y con dinero de ella es justo que lo reciba con los frutos. Esto se entiende naturalmente cuando el bien no es adquirido particularmente por uno de los cónyuges por donación, herencia, legado ó por permuta ó con su dinero propio.—Cód. Chileno, art. 1737.

Los bienes muebles y cosas fungibles aportados al matrimonio. se conceptúan gananciales, en caso de disolución de la sociedad conyugal.—Jur. Civ., V, 104, Sér. 5ª.

En tanto no exista separación de bienes, los frutos de los bienes propios de la esposa, pueden ser embargados por deudas del marido.—Jur. Civ., IX, 21, Sér. 6ª.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1273.—Cód. de Chile, art. 1737.

(Art. 1274.) Véase pág. 632.

CAPÍTULO V

DE LAS CARGAS DE LA SOCIEDAD

§ 362.—QUÉ SE ENTIENDE POR CARGAS

La sociedad conyugal tiene deberes que pesan sobre ambos esposos, pues no se comprendería una comunidad legal, sin las cargas inherentes á su existencia; así, corresponden á la sociedad, los deberes necesarios para cumplir los fines sociales, entre los que la ley ha determinado los siguientes, como esenciales:

1° *La manutención de la familia y de los hijos comunes* (**art. 1275**, n° 1, 1ª parte), y todo lo concerniente á su educación; no así los que correspondan á los hijos naturales reconocidos.

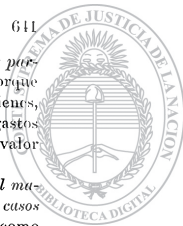
2° *La manutención y educación de los hijos legítimos de uno de los cónyuges* (**art. 1275**, n° 1, 2ª parte), aunque tuvieren bienes propios, siempre que se encuentren bajo la tutela del marido.

3° *Los alimentos que uno de los cónyuges está obligado á dar á sus ascendientes* (**art. 1275**, n° 1, 3ª parte), excluyendo injustamente los que por la ley debiera dar á los demás parientes de cualquiera de los cónyuges.

(**Art. 1275**, n° 1.) No comprende los hijos naturales ni las demás cargas de familia, como lo establece el Cód. Chileno, art. 1740, n° 5, pues la carga de alimentos que uno de los cónyuges debe á sus parientes, no las soportará de su propio peculio, y en la realidad de los hechos sucederá lo que establece el Código Chileno; porque condenado al marido á dar alimento á un hermano indigente, lo hará del haber común.

Debe completarse este inciso declarando carga de la sociedad cualquier pensión ó gasto que debe hacerse por ocasión de alimentos. La manutención, educación y demás obligaciones respecto á los hijos de un matrimonio anterior debería comprender igualmente á los hijos de la mujer que se encuentren bajo la tutela de otro, si no tuvieran bienes propios.





4º *Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares del marido ó de la mujer* (art. 1275, n° 2); porque siendo la sociedad conyugal usufructuaria de todos esos bienes, está obligado á conservarlos en buen estado; pero estos gastos no deben confundirse con las mejoras que aumentarían el valor de los bienes de cada uno.

5º *Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse* (art. 1275, n° 3); así como

(Art. 1275, n° 2.) Los gastos de conservación de las cosas comunes á ambos, como los de cada uno de ellos, y comprenderán aquellos sin los cuales la cosa no podría existir. La sociedad goza del producido de los bienes introducidos al matrimonio y está en el deber de conservarlos; se puede decir que tiene las cargas del usufructuario, y debe hacer aun las reparaciones extraordinarias en el caso del art. 2881. Goyena, art. 1329, n° 3, habla de los reparos menores exonerando á la sociedad de los mayores ó extraordinarios; pero el Cód. de Chile, art. 1740, n° 4, comprende con razón todas las cargas y reparaciones usufructuarias, y así debemos considerarlo.

Si para hacer más productiva la cosa de uno de los cónyuges se hubieren hecho gastos que le hayan dado mayor valor, serán considerados como mejoras, art. 1272, n° 6.

(Art. 1275, n° 3.) Las obligaciones contraídas antes por cualquiera de los cónyuges, son deudas particulares de cada uno de ellos, y disminuyen el capital aportado, y si no llevaron bienes se computarán de su parte en los gananciales cuando tenga lugar la liquidación. Las deudas deben ser contraídas por el marido, pues es el administrador de los bienes; pero cuando hubiere autorizado expresamente á la mujer para obligarse, responderá igualmente la sociedad, ó cuando por incapacidad del marido ella tuviere la administración. Serán igualmente deudas sociales las contraídas por la mujer autorizada para ejercer una profesión ó industria, pero sólo en lo referente á éstas. Se consideran en la misma categoría, las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia.— Véase arts. 55 y 56, *Ley Matr. Civ.*— Comp. GOYENA, art. 1329, n° 1.

Las deudas anteriores de la mujer pueden ser ejecutadas en los gananciales, cuando no tuviere bienes propios ó no alcanzaren éstos, en los términos de los arts. 1280 y 1283 y sus notas.



las deudas procedentes de la acción *in rem verso* por el provecho obtenido por la sociedad, y los de inventario, tasación y liquidación de la sociedad conyugal, del mismo modo, *los acreedores de la mujer por las obligaciones de ella anteriores al matrimonio, pueden exigir el pago con los bienes adquiridos durante el matrimonio, si la mujer no tuviese bienes propios* (art. 1283).

6° *Lo que se diere ó se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio* (art. 1275, n° 4), exceptuándose lo gastado

(Art. 1283.) Los acreedores de la mujer, sólo pueden ejecutar los bienes propios de ésta, y por lo restante los gananciales. Si las acreencias estuvieran prescriptas y la mujer hubiera abonado parte de ellas con sus bienes propios, el marido puede alegar la prescripción, aun contra la voluntad de ésta en la parte de los gananciales, porque es el dueño de ellos en sus relaciones para con los terceros. Se pregunta, si en este caso puede hacer anular los pagos hechos por la mujer fundándose en su incapacidad; si la mujer es menor de edad, no puede ofrecer duda; pero si no lo es, creo que ha pagado bien obedeciendo á sentimientos honestos y dignos, y el marido no puede desconocerlo. La mujer obliga los gananciales del matrimonio, cuando contrae deudas para los gastos ordinarios de la familia; pero deben ser las compras al contado (art. 56, ley matr. civ.) en que se presume autorizada; no obstante el marido puede devolver los objetos comprados, porque la presunción no debe resistir á la realidad de los hechos.—Comp. arts. 1275, n° 3, 1280, 1754 á 1756.

(Art. 1275, n° 4.) El marido puede disponer libremente de los gananciales sin intervención de la mujer; pero en las donaciones debe conservar la parte de ésta, que puede pedir su reducción, art. 1277. Cuando la donación fuera para la colocación de los hijos, esta regla hace excepción, porque la donación debe colacionarse por el hijo. Supongamos dos hijos, habiéndose dado á uno de ellos 100, si sólo hubiere gananciales y estos quedarán reducidos á 200, con los 100 de la donación formarán los 300 que han quedado; de éstos corresponde 150 á la mujer y los otros 150 á los hijos. Así es que debe devolver 25 el que recibió los 100. No se puede perjudicar á los demás herederos en sus legítimas, y eso sucedería si se tomara la donación como carga social. Otra cosa sería si se tratara de los gastos para la colocación de los hijos, debiendo entenderse por tales, los de ropa, viages y objetos necesarios para que aprendan ó desempeñen una profesión ú oficio, pues

en los hijos naturales reconocidos, ó en los hijos de otro matrimonio, que serán á cargo de cada uno de los cónyuges.

7º *Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas etc.* [art. 1275, nº 5].

No pertenecen á la sociedad conyugal, las deudas contraídas por alguno de los cónyuges después de la disolución de esta, en cuya categoría entran los de funeral y entierro del cónyuge fallecido, que debe pagarlos la sucesión, no así los de médico, botica, etc., contraídos durante la vida, que son á cargo de la sociedad.

Es necesario distinguir las obligaciones á cargo de la sociedad, de las personales de cada uno de los cónyuges. Las que pesan sobre la sociedad conyugal pueden ser ejecutadas, no sólo en los bienes de ésta, sino sobre los particulares de los cón-

estos gastos son cargas sociales. Goyena, art. 1330, habla del importe de lo dado ó prometido á los hijos comunes, y así debe entenderse en nuestro caso. Corresponderá al haber de cada cónyuge lo dado á los hijos de otro matrimonio.

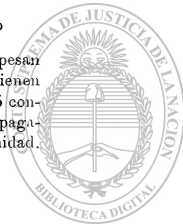
(Art. 1275, nº 5.) Comprende tanto al marido como á la mujer y se extiende á lo pagado por razón de los juegos permitidos, no así á lo debido, porque el marido no está obligado á pagar esas deudas. Goyena, art. 1332, hace esta distinción al decir: lo perdido y satisfecho en cualquier clase de juego, comprendiendo lo pagado con ocasión de juegos prohibidos, lo que no es admisible. El marido puede negarse á pagar lo perdido por la mujer aun en juegos permitidos; lo perdido por él es una deuda de la sociedad. Fuera de las cargas impuestas á la sociedad, en los cinco incisos de este artículo, ninguna otra puede imponerse por analogía; porque sería sobreponerse á la voluntad del legislador creando nuevos casos que no ha comprendido.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1275.—Véase L. 5 y siguientes, Tit. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 207 del Estilo.—Cód. Francés, art. 1409.—Respecto al nº 5, en contra.—L. 39, Tit. 2, Lib. 17, Dig.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1275.—Los honorarios y gastos, que cause la esposa en ejercicio de un derecho propio contra el esposo, deben ser pagados por éste siempre que tenga la administración de los bienes de la sociedad conyugal.—Jur. Civ., VIII, 209, Sér. 1ª.



yuges, según los casos. Las personales de cada uno, sólo pesan sobre los bienes de éstos; cuando los terceros acreedores tienen una deuda que se puede perseguir contra la comunidad ó contra el cónyuge obligado personalmente, el que la hubiera pagado con sus bienes propios, podrá repetir contra la comunidad.



CAPÍTULO VI

DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

§ 363.—FACULTADES DEL MARIDO.—DERECHOS DE LA ESPOSA

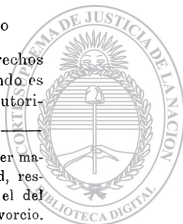
Es un principio general, que el marido como jefe de la sociedad conyugal, no sólo es el administrador legal de todos los bienes del matrimonio (salvo de los exceptuados por el contrato nupcial, ó por los donantes), sino que puede gravar con servidumbres ó hipotecas, y enajenar por título oneroso, todo ó parte de los bienes adquiridos durante el matrimonio, sin necesidad del consentimiento de la mujer.

El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, sean dotales ó adquiridos después de formada la sociedad, con las limitaciones expresadas en este título, y con excepción de los casos en que la administración se da á la mujer, de todo el capital social ó de los bienes de ella (art. 1276); pero no

(Art. 1276.) El marido aunque sea menor de edad conserva la administración de los bienes con las limitaciones de los arts. 134 á 136, porque una vez emancipado por el matrimonio, se encuentra habilitado para todos los actos de la vida civil, á menos de haberse casado sin el consentimiento de sus padres ó tutores, art. 13, *Ley Matr. Cir.*, en que la ley le quita la administración pero es á los maridos menores, no á las mujeres; así, cuando un menor autorizado por sus padres se casare con una menor que no la tuviere, no será privado de la administración de sus bienes propios, aunque sí de los de la mujer.

Cuando el marido fuere mayor y la mujer menor no podrá disponer de los bienes de ésta sin autorización judicial é intervención del Ministerio de Menores. Cuando se encontraren separados de hecho, el marido conservará la administración de los bienes que la mujer adquiriese durante la separación y aun en el caso de divorcio, si la mujer no pudiera pedirla. Cuando la mujer fuera nombrada curadora del marido, á ella le corresponderá la administración, pero no tiene la amplitud concedida á éste, pues debe pedir autorización judicial para enajenar sus bienes propios: viniendo á suplir de esta manera una incapacidad que no hay en realidad, desde que su marido se considera como





puede enajenar los bienes de la mujer, ni constituir derechos reales sobre ellos sin autorización expresa de ésta, cuando es mayor de edad, y con la del Juez si es menor, pero está autori-

si no existiera. Es un defecto que debe corregirse, pues, la mujer mayor de edad, una vez que desaparece la razón de su incapacidad, respondiendo á necesidades de un orden social superior, como es el del poder marital, debe recobrar su capacidad, sea en caso de divorcio. sea en el de incapacidad en su marido.

El marido, como administrador de los bienes de la sociedad, puede enajenar sus propios bienes y los gananciales, necesitando autorización de la mujer mayor de edad para enajenar los de ésta, ó la judicial cuando fuere menor. La administración del marido no se encuentra sometida á la rendición de cuentas, porque no es un mandatario; obra á nombre y por autoridad propia, y sólo está obligado á devolver los bienes de la mujer en el estado en que se encuentren, pagando con los bienes gananciales los que hubiere tomado por propia autoridad, ó con sus bienes propios si no alcanzaren.—Comp. art. 1421, Cód. FRANCÉS. GOYENA, art. 1333. Ley 5, tít. 4, lib. 10, Nov. Rec. FREITAS, art. 1336, y nuestro art. 1217.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1276.—Véase L. 5, Tít. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—Cód. Francés, art. 1421.—Napolitano, 1396.—De Luisiana, 2373.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1276.—La separación de hecho de los cónyuges, no quita al marido el derecho de la administración legítima de los bienes del matrimonio, aunque sean adquiridos por la mujer durante la separación.—XI, 420.

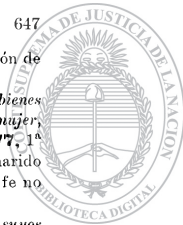
Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1276.—El embargo preventivo de los bienes gananciales, antes de dictada la sentencia de divorcio, sólo es procedente si se justifica sumariamente haber cumplido las obligaciones que el contrato impone.—Jur. Civ., V, 467, Sér. 1ª.

La simple interposición de la demanda de separación de bienes no basta para privar al marido de su administración.—Jur. Civ., VI, 592, Sér. 1ª.

Si bien las medidas que la ley acuerda en favor de la mujer que inicia la acción de separación de bienes restringen ó limitan la administración del marido, éste no puede ser privado totalmente de ellos.—Jur. Civ., I, 625, Sér. 2ª.

No es suficiente para fundar la separación de bienes la enajenación de los de la sociedad conyugal; debe justificarse que ella se hace con ánimo de defraudar los intereses de la esposa.—Jur. Civ., VIII, 347 Sér. 1ª.

El esposo, como administrador legal de los bienes de su esposa, puede recibir la porción hereditaria que á ésta correspondía, otorgando válidamente los recaudos de la ley.—Jur. Civ., VII, 237, Sér. 2ª.



zado para enajenar todos los bienes muebles con excepción de los que la mujer quisiera reservarse.

El marido *puede enajenar y obligar á título oneroso los bienes adquiridos durante el matrimonio, salvo los derechos de la mujer, cuando la enajenación fuere en fraude de ella (art. 1277, 1ª parte)*, quien podrá atacarla, haciendo responsable al marido por los perjuicios; pero los terceros adquirentes de buena fe no podrán ser molestados por acciones reivindicatorias.

El marido *puede también hacer donaciones de los bienes suyos y de los ganados durante la sociedad, con arreglo á lo dispuesto en el título de las DONACIONES (art. 1277, 2ª parte)*; es decir,

(**Art. 1277.**) El fraude del marido no se supone, más aun, en las enajenaciones á título oneroso la mujer deberá demostrarlo plenamente. En los casos de donaciones immoderadas, tampoco se presumirá, desde que no perjudique los derechos de la mujer, y cuando esto suceda, la mujer podrá hacerlas revocar si exceden de la porción disponible y perjudican su legítima, no por la acción Pauliana sino por la de donación inoficiosa.

El marido dispone libremente por título oneroso de los bienes gananciales, pero no puede hacerlo por título gratuito sin estar sujeto á la reducción, á menos de consentimiento de la mujer, ó en su defecto de la judicial. La mujer ni los herederos del marido podrán hacer reducir la donación en los términos de los arts. 1830 y 1831, si no cuando perjudiquen sus legítimas. La autoridad del marido como administrador de los bienes del matrimonio, no tiene límite alguno en lo que respecta á sus propios bienes y á los gananciales, para enajenarlos por contrato oneroso, pero no puede hacer donaciones que perjudiquen la legítima de la mujer ó de los demás herederos forzosos.

A la liquidación de la sociedad los herederos pueden hacer reducir las que no fueren remuneratorias por servicios que no se podían exigir. Las enajenaciones á título oneroso en fraude de la mujer, serán las que encubran bajo este título, donaciones que perjudican á la mujer, y ésta deberá demostrar el fraude para reducirlas hasta salvar su legítima forzosa. Goyena. arts. 3334 y 3337 agrega: «los derechos del marido en los bienes gananciales son respecto de terceros, los de un verdadero y absoluto propietario, salvo la excepción del art. 1337; (cuando la enajenación es en fraude) los de la mujer, durante la sociedad, se reducen á participar de los que se encuentren al tiempo de su disolución». Este autor reconoce (como el Código) que el derecho del



estando dentro de su porción disponible, y la mujer como los herederos forzosos podrán hacerlas reducir en lo que perjudiquen á sus legítimas.

El marido, por otra parte, no responde á la mujer, ni le debe indemnización, cuando disipa ó deja perecer los bienes por descuido ó mala administración; ésta no tendrá en esos casos otro recurso que solicitar la separación de bienes, porque no puede oponerse á ningún acto de administración.

Las facultades del marido como administrador se ejercen con las limitaciones siguientes:

1º No puede disponer á título gratuito de sus propios bienes ó de los ganados durante el matrimonio, sino dentro de la porción disponible, á menos que la mujer hubiese dado su consentimiento, en cuyo caso no podrá reclamar de dichos actos.

2º No puede disponer por testamento de los bienes adquiridos durante el matrimonio, sino dentro de su porción disponible.

3º *No puede dar en arrendamiento los predios rústicos de la mujer por más de ocho años, ni los urbanos por más de cinco. Ella y sus herederos, disuelta la sociedad, están obligados á cumplir el contrato por el tiempo que no exceda los límites señalados (art. 1278); pero el arrendamiento podrá durar por más tiempo,*

marido para disponer de los bienes de una manera absoluta se refiere á las enajenaciones por título oneroso, donde se recibe el equivalente de lo que se da.—Véase la nota al art. 1807, nº 2.

(Art. 1278.) A fin de no inmovilizar la propiedad, se ha señalado el máximo de diez años, art. 1505, y se limita la facultad de los representantes necesarios; por eso los tutores no pueden arrendar los bienes de sus pupilos por más de cinco años, art. 443, nº 10, y aun ese plazo, lleva la condición de terminar á la mayor edad, ó á su emancipación. El plazo se ha aumentado en los predios rústicos de la mujer, hasta 8 años, por la naturaleza de la potestad marital, manteniendo el de cinco para los urbanos: aun que no hay razón para tales limitacio-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1277.—L. 205 del Estilo, y 5, Tit. 4, Lib. 10, Nov. Rec.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1277.—Véase el fallo al art. 1272.—XXIII. 431.

si se hubiese hecho por el marido y la mujer, siendo ésta mayor de edad, ó con licencia del Juez cuando ella fuere de menor edad (art. 1279).

nes con relación al marido. Como el contrato de arrendamiento grava la propiedad, la cosa no podrá enajenarse sino con ese gravamen; si se hubiera hecho por mayor plazo, cualquiera de las partes puede pedir se reduzca á los términos legales; porque son prohibiciones impuestas en mira de un interés superior.

¿Puede el juez autorizar al marido para arrendar los bienes de su mujer mayor de edad (contra la voluntad de ésta) por más de cinco y do ocho años en los casos del artículo? No; porque la ley al fijar esos plazos ha tenido en cuenta las contingencias á que está sujeto el matrimonio, divorcio, nulidad, separación ó disolución, y ha querido que la mujer ó sus herederos reciban los bienes libres de toda obligación. y porque debe respetarse la voluntad de ésta, pero en casos especiales puede llegar al máximun del arrendamiento, como en el del art. 1279. El juez sólo tiene intervención en estos arrendamientos cuando la mujer es menor de edad.—Comp. CÓD. DE CHILE, art. 1757. GOYENA, art. 1289 y nuestros arts. 1287, 1297 y 3443.

(**Art. 1279.**) La licencia, judicial, cuando la mujer es menor de edad, puede llegar al máximun del arrendamiento, porque tiene la autoridad del marido que es de gran importancia; pero no creo que la mujer pueda pedir la autorización judicial para arrendar sus propios bienes por mayor tiempo, porque sería sustraerlos á la administración del marido. El art. 63 de la ley matr. civ. que autoriza á la mujer para practicar ciertos actos contra la voluntad del marido, no se refiere á la administración sino á las enajenaciones, aceptación de donación con cargos, ó cosas semejantes. El Cód. Chileno, art. 1757, de donde han sido tomados estos artículos, dice: «El juez puede suplir el consentimiento de la mujer, cuando esta se halle imposibilitada de darlo», comprendiendo los casos de menor de edad, incapacidad mental ó ausencia, que deben comprenderse en el artículo. La autorización judicial debe darse en caso de necesidad ó de manifiesta utilidad. ¿Por qué si el juez puede autorizar un arrendamiento por diez años en este caso, y no podría hacerlo siendo la mujer mayor de edad? Porque como menor no puede manifestar su voluntad y el juez al suplirla puede llegar hasta donde ella llegaría siendo capaz, mientras que siendo mayor y oponiéndose al marido, no debe intervenir.





Disuelta la sociedad conyugal, la mujer y sus herederos están obligados á cumplir el contrato por el tiempo que no exceda del plazo señalado, cuando se hizo por el marido sin intervención alguna.

4º La mujer en caso de separación de bienes, puede pedir la anulación de los actos realizados por el marido, después de la demanda de separación de bienes.

§. 364.—DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR EL MARIDO
DURANTE EL MATRIMONIO

El marido (como administrador de los bienes de la sociedad conyugal) responde (para con los terceros) de las obligaciones contraídas por él antes ó después de celebrado el matrimonio (con los bienes adquiridos durante la sociedad y con los propios), sin perjuicio de los abonos que deba hacer á la sociedad ó la sociedad al marido (art. 1280); y con relación á las acreencias

(**Art. 1280.**) El marido dispone como dueño de sus propios bienes y de los gananciales del matrimonio en los contratos onerosos, y los acreedores pueden ejecutarlo en esos bienes por acreencias anteriores al matrimonio y ejercer la acción Pauliana en su caso, por las donaciones hechas en el contrato de matrimonio, si hubiere quedado insolvente; pueden igualmente repetir contra los bienes propios de la mujer, por acreencias anteriores, cuando se probare haber cedido el contrato en provecho de la mujer. Así, cuando el marido paga de los gananciales ó de sus bienes propios deudas de la mujer, anteriores al matrimonio, sus acreedores pueden repetir lo pagado en caso de insolvencia de aquel, de los bienes propios de la mujer. La sociedad conyugal no debe soportar el pago de deudas anteriores al matrimonio, que están destinadas á disminuir el capital particular de cada uno de los cónyuges; pero los acreedores del marido no hacen esa distinción: si el marido ejecutado paga con los bienes de la sociedad, la mujer ó el marido al liquidar podrán hacer agregar á los gananciales lo pagado.

Los acreedores de la mujer, anteriores al matrimonio, podrán ejecutar los bienes propios de esta, y los gananciales cuando no alcanzáren aquellos, ó cuando la mujer fuera comerciante ó ejerciera una industria antes del matrimonio, y hubiera continuado con autorización

anteriores responderá también, con los bienes gananciales, salvo el derecho de la mujer ó de la sociedad conyugal para hacerse reintegrar lo que hubiere abonado. *Responde (igualmente) de las obligaciones contraídas por la mujer con poder general ó especial, ó con su autorización expresa ó tácita, y los acreedores podrán exigirle el pago con los bienes sociales y con los suyos propios (art. 1281);* pero sólo en el segundo caso tendrá obligaciones personales.

del marido. Cuando el marido pagare con su capital deudas de la sociedad, tendrá derecho para deducir su valor de los gananciales al liquidar la sociedad.

El art. 1750, Cód. Chileno es más claro y completo.—Comp. arts. 1275, n° 3 y 1283.

(**Art. 1281.**) Este artículo viene á confirmar la opinión emitida en el 54, ley matr. civ., sobre las autorizaciones generales que la mujer puede recibir del marido. Cuando obra como mandatario de su marido obliga á la sociedad y á éste personalmente, es considerada como una persona extraña; pero si en uso del mandato pagase deudas propias contraídas antes del matrimonio, deberá responder á la sociedad por su valor.

La disposición de este artículo parece introducir cierta perturbación entre los arts. 54, matr. civ., 1897, n° 6 y 1881. Cuando obliga al marido á responder por los actos realizados por su mujer con poder general, comprende á los de mera administración, mientras los hechos con poder especial, deben contener el negocio y determinarlo en su individualidad. Así, un poder para vender no tendrá valor sino se determinan los bienes que deben venderse. El poder general puede contener entonces la especialidad sobre que quiera extenderse, determinando los negocios que comprende. En nada se altera la economía de nuestra legislación, autorizando á la mujer de una manera general ó especial. La mujer cuando obra como mandataria de su marido, es considerada como una persona extraña á la sociedad, y si en su calidad de tal pudiera alegársele la generalidad de su poder para estar en juicio, no podría hacerse en este caso, si contiene la especialidad, y mas aun si

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1280.—Los acreedores del esposo no pueden demandar á la testamentaria de la esposa por deudas contraídas durante el matrimonio.—Jur. Com., II, 77, Sér. 1°.





Todas las obligaciones contraídas por el marido, aun las que nacen de delitos ó cuasi delitos, gravan los bienes adquiridos durante el matrimonio; porque éstos, así como los bienes propios, se pueden considerar como que forman el patrimonio del marido para estas responsabilidades. Las multas en que incurriera, como los daños y perjuicios por las acciones deducidas en su contra, serán cobradas de los bienes gananciales.

Las deudas contraídas por el marido en su interés personal, para sus bienes propios, gravan los gananciales sin perjuicio de la obligación de éste para responder por dichos gastos; así, las mejoras hechas en sus bienes deberá abonarlas; pero el mayor valor adquirido por esos bienes con ocasión de las mejoras, corresponden á la sociedad conyugal.

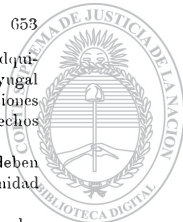
Siendo el principio general que todas las obligaciones del marido gravan los bienes de la comunidad, resulta lógicamente que los préstamos hechos se presumen en beneficio común; salvo el derecho de demostrar que se han convertido en su provecho ó lo fueron en su interés personal, como si aumentare su patrimonio particular.

§ 365.—DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y ACCIONES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El marido, como administrador de los bienes del matrimonio, está autorizado para ejercer por sí, sin intervención alguna, está determinado el asunto ó asuntos. Por otra parte, no hay ley que limite al marido la facultad de hacerse representar por su mujer en los negocios de la sociedad ó en los propios, si él no puede delegar su potestad marital, que es personalísimo, el poder no es una delegación. —Comp. Cód. DE CHILE, art. 1751.

La mujer mayor de edad mandataria de su marido será responsable con sus propios bienes en lo que excediere de su mandato; pero la sociedad responderá á los terceros con los gananciales, si ella no tuviese bienes. No tenemos una disposición como la del art. 1538, § 2, Cód. Francés, que declara nula las autorizaciones generales para enajenar los inmuebles á su mujer.

Fallos de la S. C. N. —Aplicación del art. 1281.—El marido responde de las obligaciones contraídas por la mujer con su poder en forma.—XXVII, 62.



na, todas las acciones relativas á la conservación, goce y adquisición de los derechos correspondientes á la sociedad conyugal ó á su mujer. Así, puede intentar en juicio todas las acciones petitorias ó posesorias, para conservar ó asegurar los derechos de la comunidad ó de la mujer.

Y como una consecuencia de esta facultad, contra él deben deducirse todas las acciones que se ejerzan contra la comunidad ó contra la mujer.

Cuando se tratase de demandas de reivindicación contra los bienes propios de la mujer, nuestro derecho no exige la concurrencia de ésta, como lo ha establecido la jurisprudencia francesa; pero la mujer puede ser llamada á absolver posiciones como parte directamente interesada. Esto corresponde á las leyes de procedimientos.

§. 366—DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LA MUJER SIN
AUTORIZACIÓN DEL MARIDO Ó CON LA DEL JUEZ

En principio general, la mujer no puede obligar á la sociedad conyugal, ni sus bienes propios sin autorización del marido, y puede dejar sin efecto los contratos hechos de este modo.

Los actos y contratos celebrados por la mujer autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligan sólo sus propios bienes; pero no el haber social ni los bienes del marido, sino por una acción *in rem verso*, por el beneficio obtenido sea por la sociedad ó por el marido.

La mujer autorizada judicialmente, contra la voluntad del marido para estar en juicio, soportará las condenaciones, sin obligar á la comunidad.

La mujer podrá ser autorizada por el juez, para pagar el rescate de su marido. Ausente el marido, la mujer podrá hacer los gastos necesarios para el establecimiento de los hijos comunes, obligando á la comunidad.

En todas las obligaciones contraídas por la mujer que fueren provechosas á la sociedad conyugal, esta quedará obligada por el beneficio recibido.

La mujer no necesita autorización en los pleitos que tenga contra el marido, ni para defenderse cuando fuese acusada cri-



minalmente, ni para hacer testamento ó revocar el ya hecho, ni para administrar los bienes que se hubiere reservado en el contrato, ó los donados ó dejados en testamento con la condición de que ella los administre; pero la administración sólo obligará los bienes propios de la mujer, sin que la sociedad tenga obligación sino por aquello en que se hubiera enriquecido.

§ 367.—DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LA MUJER
CON AUTORIZACIÓN

La mujer que contrata con autorización del marido obliga á la sociedad conyugal en los mismos términos en que lo haría éste personalmente. Así, *la mujer que ejecuta actos de administración, autorizada por el Juez por impedimento accidental del marido, obliga á éste como si el acto hubiese sido hecho por él (art. 1282).*

(Art. 1282.) El artículo salva en parte las dificultades notadas en la jurisprudencia francesa, con motivo de la interpretación de los arts. 1426 y 1427 del Cód. Francés, sosteniendo unos que la autorización judicial no obligaba al marido y á la sociedad, por todos los actos de la mujer, sino en caso de urgente necesidad, y cuando se supone que el marido debía darla, y los otros que producía los mismos efectos que si fuera autorizado por el marido. Apoyan la primera, MASSÉ y VERGER, nota 47, al § 642, de ZACHARIÆ, LOCRÉ, XIII, 349. DEMOLOMBE, IV, n° 318, y sig. MARCADÉ, al art. 1427, y la segunda POTHIER, *Comunidad*, n° 33, y sig. VAZEILLE, *Matr.* II, n° 351. TOULIER, XII, n° 235. DURANTON, XIV, n° 305, y sig. TROPLONG, *Cont. de Matr.* II, n° 970.

El artículo ha disminuido los efectos de la autorización judicial, reduciéndola á los actos de mera administración en los casos de impedimento accidental del marido, como en los de ausencia.

El marido es el administrador general de los bienes del matrimonio, y el juez tendrá siempre presente esta regla invariable: no se puede obligar á una persona sin su consentimiento; y para obligar al marido y á la sociedad conyugal es necesario que la autorización judicial supla ese consentimiento suponiéndolo legitimamente. El artículo deja al arbitrio judicial cuando pudo reducirlo como el Cód. Chileno, art. 146 y los autores citados, á los de impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que haya podido presumirse el consentimiento



La mujer se presume autorizada, y por consiguiente obliga á la sociedad conyugal, cuando ejerce públicamente alguna profesión, oficio ó industria, si no hubiera reclamación por parte del marido, anunciada al público ó judicialmente intimada á quien con ella hubiese de contratar.

Cuando el marido autorizare á su mujer para ejecutar actos que sólo redundan en provecho personal de ella, como por ejemplo, la construcción de una casa en su propio terreno y con su dinero, aunque no es en beneficio de la sociedad, la obligará, no obstante, sin perjuicio de la acción de ésta para hacerse reintegrar lo pagado, de los bienes de la mujer.

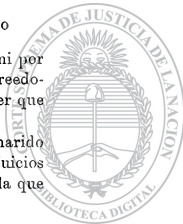
El principio de que la mujer autorizada por su marido obliga á la sociedad conyugal, sufre sus excepciones cuando la autorización se ha dado para enajenar sus bienes propios ó aceptar una sucesión, en que la sociedad no está obligada por la

de éste», fijando así los extremos dentro de los cuales podría darse la autorización. Los actos de administración no comprenden los de enajenación, como se desprende del art. 1880 y su nota, y el 1302, donde autorizada la mujer para administrar, no puede enajenar, y los arts. 2670 y 3388 en que el heredero beneficiario tiene libre administración, pero no puede enajenar.

El impedimento debe ser accidental, porque si es permanente no puede obrar sino como curadora. Resulta de lo expuesto: 1°, que la mujer no puede ser autorizada en estos casos, sino para ejecutar actos de administración; 2°, que no puede ser autorizada contra la voluntad presunta del marido; 3°, que la justicia no puede autorizar á la mujer contra la voluntad del marido, sino cuando dispone de sus bienes propios y sólo obligándose por ellos y sin comprometer el haber social; 4°, que los actos de administración de la mujer autorizada judicialmente se consideran hechos por el marido; 5°, que si los actos ejecutados han beneficiado á la mujer, ésta responderá á la sociedad por el beneficio recibido.—Comp. GOYENA, art. 1338, y FREITAS, art. 1314. Véase arts. 59, 60 y 63, ley matr. civ.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1282.—ZACHARIÆ, § 642.—Cód. Francés, art. 1427.

Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1282.—Es impropiciente la excepción de falta de personería, si la esposa del ausente se ha presentado con venia judicial.—Jur. Civ., II, 279, Sér. 4°.



evicción de los bienes de la mujer enajenados por ella, ni por las deudas de la sucesión aceptada. Los compradores ó acreedores de la herencia tendrán derecho para exigir de la mujer que responda con sus propios bienes.

La autorización para estar en juicio dada por el marido obliga á la sociedad conyugal por los gastos, daños y perjuicios que son consecuencias del proceso; pero no por la deuda que fuere personal de la mujer.

§ 368.—DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LA MUJER
COMO MANDATARIA DEL MARIDO

Cuando la mujer es mandataria del marido, obliga los bienes propios de éste y los de la sociedad conyugal, sin obligarse personalmente; está en el caso de un mandatario extraño, que obrando dentro de los límites de su mandato obliga al mandante.

Es necesario no confundir los actos en que la mujer obra con autorización del marido, de aquellos en que es mandataria de él; en el primer caso, el marido la autoriza á ejecutar actos que son concernientes al propio interés de la mujer, y ésta responde con sus bienes; cuando obra como mandataria obliga á la sociedad conyugal, y también los bienes propios del marido; pero no los suyos.

Cuando se dice que la mujer se presume autorizada por el marido en tales y cuales casos, es porque obra en su propio interés y no obliga á la sociedad ni al mismo marido.

§ 369.—DE LA MUJER AUTORIZADA POR EL JUEZ

La autoridad marital no es absoluta, y la ley para proteger á la mujer contra los posibles abusos del marido, faculta á los jueces para autorizarla contra la voluntad de éste; la mujer entonces se obliga personalmente con sus bienes propios, pero hay otros en que la mujer autorizada por el Juez obra como mandataria de la sociedad conyugal, como si el marido se encontrare ausente en lugar no conocido; entonces la autorización es como si fuera dada por el marido.



Cuando el marido se encuentre en la imposibilidad de dirigir los negocios de la comunidad, como si fuere condenado por delito que lleve consigo la pérdida de la capacidad de obrar, ó cuando estuviere demente, la mujer, obrando como administradora, obliga á la sociedad.

Los condenados á presidio están privados de la patria potestad y de la administración de sus bienes, y la mujer en este caso se encuentra investida de todo el poder conferido al marido, sin necesidad de autorización judicial; pero dentro de los términos en que la ejerce siendo curadora.

Cuando el marido fuera declarado demente, *la administración de los bienes de la sociedad conyugal se transfiere á la mujer cuando sea nombrada curadora del marido. Ella tiene en tal caso, las mismas facultades y responsabilidades que el marido (art. 1284),*

(Art. 1284.) Los casos en que la mujer tiene la administración de los bienes son: 1º, cuando es nombrada curadora de su marido; 2º, cuando se le ha declarado ausente con presunción de fallecimiento; 3º, cuando se encuentra condenado á presidio, art. 63, Cód. Penal, en que por interdicción civil pierde la administración de los bienes; 4º, puede ser encargada por el juez, cuando el marido esté prófugo ó hubiese sido juzgado en rebeldía por causa criminal.

El artículo habla sólo del caso en que es curadora de su marido, pero comprende los demás en que se le encarga de la administración de los bienes del matrimonio, estando sujeta á las restricciones de los arts. 134 á 136 para los emancipados.— Véase la nota al art. 476.

Cuando la mujer es mayor de edad tiene las mismas facultades que el marido, dice el artículo, pero el principio es demasiado absoluto, y se debe reducir á sus verdaderos límites. Tiene las mismas facultades administrativas, pero no para ejecutar actos que importen una enajenación ó desmembración de la propiedad: necesitará pues autorización judicial para constituir servidumbres, ó derechos reales, como para enajenar ó aceptar herencias deferidas al marido. Todo acto que no importe mera administración y para los que se necesitan poderes especiales según el art. 1881, debe reputarse fuera de la administración. La mujer administradora de los bienes se equipara al tercero á quien se le confiere un poder en términos generales, art. 1880, y sus facultades no deben ir más allá, apesar de la generalidad de los términos del artículo. La cuestión es grave. La administración de los bienes no debe comprender sino los actos necesarios para mantener y conser-

pero sólo podrá ejercer actos de administración, y todos los actos y contratos de la mujer administradora, que no le estuvieren vedados por el artículo precedente (art. 1285), se consideran como actos del marido, y obligan á la sociedad y al marido (art. 1286); así

var esos bienes; no importa lanzar á la mujer en los negocios y autorizarla para tratar y contratar como si fuera el marido, ejercitando todos los actos que éste podría ejecutar; su misión y su poder no deben ir sino hasta donde concluye la administración de los bienes. Apoyan nuestra tesis el art. 1759, Cód. Chileno, y Goyena, art. 1363, que sólo acuerdan á la mujer administradora las facultades del curador del incapaz. Concluyo, pues, que la mujer administradora necesita de autorización judicial para todo acto que no sea de mera administración. Cuando ella hubiese aprovechado de los actos ejecutados, la sociedad conyugal ó los acreedores en su caso, podrán repetir contra los bienes propios de la mujer.—Comp. art. 59, *Ley Matr. Civ.*, arts. 476, 1276, 1286.

Para ser curadora de su marido no necesita ser mayor de edad.

(Art. 1286.) La administración de la mujer es semejante á la que tiene el marido, pero más limitada en mi opinión, pues no puede constituir derechos reales. Tiene las mismas facultades que el marido, dice el art. 1284, ¿para qué? Para la administración de los bienes de la sociedad conyugal; es decir, la mujer puede hacer lo que el marido ejecutaría en los actos de administración y nada más. El legislador no ha podido confiar á la mujer curadora de su marido incapaz, mayores facultades que á éste, y sería destruir por su base la economía de nuestra legislación el ordenar la intervención del juez y del Ministerio de Menores en los asuntos de estos incapaces, cuando ha dictado medidas especiales para garantizarlos en su desgracia. Es cierto que la curatela de los esposos es excepcional por la calidad y vínculo de las personas que la ejercitan; pero no se debe admitir que la ley conceda mayores facultades á la mujer que al marido. Cefirse al texto material del artículo para destruir toda la armonía de la legislación, colocando á la mujer con mayor autoridad que el marido, es faltar á una de las reglas más fundamentales de interpretación.

El artículo dice: «los actos que no le estuvieren vedados á la mujer administradora, por el artículo precedente se consideran como del marido.» Y bien; la mujer administradora, hace y ejecuta actos jurídicos con relación á su administración y nada más; no puede sin autorización judicial sacar de los depósitos públicos los dineros pertenecientes al



es que *podrá arrendar los bienes raíces propios del marido, en los mismos términos que éste puede arrendar los bienes de ella* (art. 1287).

marido, ni enajenar las rentas que estuvieren en su nombre, ni constituir derechos reales sobre sus bienes, como lo puede el marido en los mismos casos, art. 1249; creo aun más, necesita autorización del juez, según la teoría del Código, para ejecutar esos mismos actos en lo referente á sus bienes propios, porque la mujer es considerada siempre bajo una especie de tutela. Véase art. 1302 y su nota. Las reglas de la curatela le son aplicables en cuanto fueran compatibles; así la disposición del art. 398, nos 2, 3, 10 y 12 rige, en este caso, como el de los arts. 450, n° 1 y 453, n° 1 y 3. La mujer administradora que obra dentro de los límites de su mandato obliga á su marido y á la sociedad conyugal, sin obligarse personalmente. El Cód. Chileno, art. 1760, de donde fué tomado el nuestro, agrega: «salvo en cuanto apareciere ó se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocios personales de la mujer». Estas conclusiones deben aplicarse en nuestro derecho, como lo explicamos en el art. 1884.—Comp. art. 1288.

(Art. 1287.) Esta es una prueba que las facultades administrativas de la mujer, no pueden exceder á las del marido; así para arrendar los bienes raíces por mayor tiempo, necesitará la autorización é intervención del Ministerio de Menores, y se dará sólo demostrándose la utilidad para el incapaz.

El artículo habla de los bienes del marido. ¿Podría arrendar por diez años los de la sociedad ó los propios? Sí, según la teoría que definiendo y que tiende á libertar á la mujer de esa especie de tutela permanente que se ejerce sobre ella; pero no es aceptable con arreglo á los principios del Código. Se trata de bienes en que tiene condominio un incapaz, y el capaz está sometido á las garantías creadas para aquél. En cuanto á los bienes propios, la mujer sólo tiene facultades de administradora, y se encuentra sometida á las restricciones de su estado. Se nota la conveniencia de uniformar los plazos del art. 1278 con los del art. 443, n° 10 y 1881, n° 10.

El art. 1761, del Cód. Chileno, de donde fué tomado el nuestro dice: «este arrendamiento, sin embargo podrá durar más tiempo, si la mujer, para estipularlo así, hubiere sido especialmente autorizada por la justicia, previa información de utilidad», y así debe considerarse por nuestro derecho.





La mujer administradora de bienes *no podrá, sin autorización especial del Juez, ejecutar los actos siguientes: 1º, enajenar los bienes raíces del marido, de ella y los adquiridos durante el matrimonio; 2º, aceptar sin beneficio de inventario una herencia deferida á su marido. Todo acto en contravención á estas restricciones la hará responsable con sus bienes de la misma manera que el marido lo sería con los suyos, cuando abusase de sus facultades administrativas (art. 1285)*; los actos serían anulables, respondiendo del perjuicio ocasionado al otro contratante.

(**Art. 1285.**) Si necesita autorización judicial para la enajenación de los inmuebles, no la precisa para los muebles; en cuanto no exceda de los límites de la administración, como se dijo en la nota anterior. La administración se confía á la mujer por alguna de las cuatro causas indicadas en el artículo anterior y mi opinión es que debía recobrar su capacidad siendo mayor de edad, una vez que ha desaparecido el poder marital, sobre todo en lo que se relaciona con sus propios bienes, pues no hay razón para mantenerla en una especie de tutela: esas limitaciones se comprenderían en lo que se refiere á los bienes de otros, mas no en los propios; sin embargo, el Código la declara incapaz (aun en caso de separación judicial) para enajenar sus bienes raíces.

No puede aceptar la herencia deferida al marido sino con beneficio de inventario, y aun así necesita de autorización judicial; pero si la hubiere aceptado sin este requisito ¿responderá con sus bienes propios? La mujer es capaz y realiza un acto que la ley declara nulo, y debe responder por los perjuicios ocasionados con arreglo al art. 1109. Si la herencia fuere deferida á la mujer no podrá aceptarla sin beneficio de inventario, art. 3334.

Así como la mujer no puede enajenar los inmuebles sin permiso del juez é intervención del Ministerio de Menores, no podrá desmembrar la propiedad sin esa autorización. La mujer no puede comprometer el capital del marido, y en caso de abuso de las facultades administrativas, responderá con sus propios bienes, y aun con su parte de los gananciales.

La mujer administradora no está obligada á rendir cuentas como los mandatarios extraños, porque ejerce derechos propios: sólo deberán devolver el capital social recibido.—Véase la nota al art. 1276.—Comp. Cód. CHILENO, art. 1759. GOYENA, art. 1366. Véase arts. 1252 á 1254, 1277, 1278 y 3334.



La mujer nombrada curadora de su marido, tiene á sus hijos bajo su potestad y sus obligaciones y facultades son regidas por el título de la curatela. Cesará en su mandato, *cesando las causas que le dieron la administración, y recobrará el marido sus facultades administrativas (art. 1288)*; cesará igualmente por incapacidad sobreviniente de la mujer ó por excusa legítima aceptada por el Juez. *Si por incapacidad, ó excusa de la mujer, se encargare á otra persona la curaduría del marido, ó de los bienes de la sociedad conyugal (ELLA TENDRÁ TODAS) con las obligaciones y responsabilidades impuestas al marido (art. 1289)*; en

(**Art. 1288.**) Dijimos que la administración de los bienes no sólo se confiaba á la mujer en los casos de curatela del marido, sino en los señalados en la nota al art. 1284; como en ellos ha mediado la intervención de la justicia, ella debe poner al marido en posesión de una administración de que había sido privado. No se necesita hacer inventario, ni rendir cuentas; porque la mujer administra lo que es suyo, correspondiendo á la sociedad los frutos de lo que pertenece á ambos en propiedad; no sucede eso respecto de los extraños. Por esa misma razón los padres no rinden cuenta á sus hijos de la administración de sus bienes; los que no los liberta de responder en caso de culpa por los deterioros ó destrucciones de las cosas confiadas á su guarda.

Se hará cesar la curatela del demente, previo reconocimiento facultativo declarándolo capaz; no así con relación al condenado á presidio, quien la adquiere por haber cumplido su condena, ó al ausente con presunción de fallecimiento que bastará presentarse para ser puesto en posesión de sus bienes.—Comp. CÓD. CHILENO, art. 1763.

(**Art. 1289.**) La mujer no será curadora de su marido: 1º, cuando es declarada incapaz; 2º, cuando ha sido condenada á presidio; 3º, cuando estuviere ausente con presunción de fallecimiento; 4º, cuando se excusare con justa causa; 5º, cuando hubiera sido removida del puesto; 6º, cuando estuviere divorciada ó separada de bienes. En el primer caso el curador del marido lo será de la mujer, y si tiene hijos menores, será tutor de estos. En el segundo y tercero, el curador nombrado al marido administrará los bienes de la sociedad, sin que la mujer pueda pedir la separación, como parece indicarlo el art. 1290, lo mismo sucederá en el caso de incapacidad. La mujer puede excusarse, y siendo una carga pública como la tutela, y un deber que nace del ma-

cuyo caso *si la mujer no quisiere someter á esa administración*

rimonio, los jueces no admitirán sino aquellas causas que hagan imposible la administración. En la remoción, siendo culpable de mala administración ó de malos tratamientos para con el marido, será una cuestión gravísima la de decidir, si debe conservar la patria potestad sobre los hijos comunes, como también en el caso anterior de excusación. El art. 480 y su nota nos da la clave para resolver la dificultad. La mujer que se excusa ó no puede tener á su marido bajo su curatela, ó está separada ó divorciada de él, cuando sobreviene la incapacidad, en ninguno de estos casos adquiere la patria potestad sobre sus hijos, que sólo viene con la muerte de su marido.

Durante la vida del marido la ejercerá á condición de tenerlo bajo su poder y deberá ser encargada de sus hijos correspondiendo el usufructo á la sociedad conyugal; el juez podrá privarla de la tenencia y cuidado de los hijos en ciertos casos.

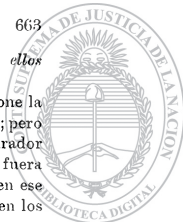
El curador del marido será el administrador de los bienes de la sociedad conyugal. En los casos de incapacidad del marido, privado de la patria potestad de sus hijos, la madre podrá ejercerla, mientras esté libre del poder marital, si el juez lo permite.—Véase el art. 480 donde sostengo que la mujer divorciada ó separada de hecho no puede ser curadora del marido.

El texto oficial del Código tiene un error; se ha suprimido lo que va marcado y que debe considerarse como parte integrante porque de otro modo no tiene sentido la disposición; en efecto, si por incapacidad ó excusa de la mujer, se diese la curaduría á otra persona ¿qué sucedería? Que el nombrado tendría las obligaciones y responsabilidades del marido: pero el artículo no dice eso en su texto.

Las facultades y responsabilidades del curador nombrado se regirán por las disposiciones sobre los demás curadores.

El Cód. Chileno, art. 1758, trae el caso en que por larga ausencia del marido sin comunicación con su familia, sea la mujer nombrada curadora y creo se debe dejar al arbitrio judicial, en los casos de ausencia prolongada, la facultad de hacer esos nombramientos. Freitas en el art. 1823, proyecta que si la curatela del incapaz no fuera deferida á la mujer, el curador tenga en su poder al marido y la vigilancia sobre los bienes del matrimonio que continuarán en poder de la mujer, así como los hijos; pero nuestro Código se opone á lo primero dando á la mujer el derecho de pedir la separación, y en cuanto á los hijos podrá tenerlos en su poder, si el juez lo permite.





los bienes de la sociedad, podrá pedir la separación de ellos (art. 1290); y el Juez la decretará sin más trámite.

La curaduría del marido ejercida por un extraño, supone la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal; pero la mujer puede ser curadora de su marido y tener un curador para los bienes que no pueda administrar por encontrarse fuera del lugar, ó porque necesiten conocimientos especiales, en ese caso el curador nombrado para esos bienes, no interviene en los demás del matrimonio.

Hay que distinguir tres casos: 1º, el de incapacidad de la mujer, entonces el curador nombrado para el marido lo será también para ella y sus hijos; 2º, cuando la mujer se excusare de la administración de los bienes, teniendo la curatela del marido; 3º, cuando se excusare de la curatela de su marido.

(Art. 1290.) Puede pedir la separación de bienes cuando no hubiese querido aceptar la curatela, ó fuese removida del puesto, ó estuviese divorciada. En los casos de incapacidad del marido, condena á presidio ó ausencia con presunción de fallecimiento, el curador nombrado á los bienes continuará administrándolos, tomando posesión de ellos. El Cód. Chileno, art. 463, legisla el caso de la mujer menor de edad que no puede ejercer la curaduría de su marido demente, autorizándola para que la pida al llegar á la mayor edad ó demande la separación; hipótesis que no puede realizarse en nuestra legislación, porque la mujer, de cualquier edad que sea, es curadora de su marido. El art. 1762, Cód. Chileno, autoriza á la mujer para *rechazar* la curaduría y pedir la separación de bienes, caso no legislado por nuestro Código, y en que los jueces deben ejercitar su autoridad, pues sería peligroso obligar á la mujer á tomar una curatela que le es repugnante.

Cuando el artículo habla de los bienes de la sociedad que el curador debe administrar, se refiere á los gananciales y á los que son de propiedad de cada uno de los cónyuges, así como al usufructo de los bienes de los hijos. En caso de separación de bienes, el curador del incapaz tomará la parte que corresponda á éste en el usufructo, deducidas las cargas reales, art. 291 y 304.—Comp. FREITAS, art. 1824.

CAPÍTULO VII

DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

§ 370.—DE LA SEPARACIÓN DE BIENES

La sociedad conyugal se disuelve: 1º, por la separación judicial de los bienes; 2º, por declararse nulo el matrimonio; 3º, por la muerte de alguno de los cónyuges (art. 1291); 4º, por el di-

(Art. 1291.) La sociedad conyugal queda disuelta desde la separación decretada por el juez, sea por causa de divorcio, sea por pedido de la mujer en los casos de mala administración. Bastará la sentencia firme de separación para hacer cesar la comunicación de los gananciales, sin esperar á la separación material, pero con respecto á los frutos que los gananciales produzcan en el tiempo que media entre la separación material y la decretada judicialmente, se comunicarán como si fuera una sociedad de hecho. En esta parte el Código no ha seguido al francés (que exige la separación efectiva), y con razón á mi juicio, pues la sentencia de separación no debe estar sujeta al hecho material, sino en lo referente á los frutos de los bienes gananciales ó de la sociedad. El artículo es terminante: «la sociedad se disuelve por la separación judicial de los bienes.» La separación de hecho, aun decretado el divorcio sin que nadie la haya pedido tiene bastante fuerza para hacer cesar la sociedad, pues la ley presume que los esposos aun separados personalmente, han querido continuar la sociedad en los bienes. Cuando el matrimonio se declara nulo por sentencia firme, la sociedad queda disuelta, sin necesidad de nueva declaración, no hay matrimonio y por consiguiente deja de existir la sociedad, y sólo continúa de hecho con relación á las cosas comunes, hasta la separación material, sin perjuicio de las disposiciones especiales de los arts. 87, 88, ley Matr. Civ.

Quando la disolución viene por la muerte de uno de los cónyuges, la sociedad concluye y el sobreviviente debe hacer inventario, determinando judicialmente los bienes que corresponden á los hijos, y si no lo hiciere perdería el usufructo de dichos bienes, art. 290 y la



vorcio; 5º, por la muerte presuntiva del cónyuge ausente declarada judicialmente.

Durante la unión de marido y mujer, sólo ésta y no el marido tendrá el derecho para pedir la separación de los bienes de uno y otro y de los adquiridos hasta entonces (art. 1292); es una defensa

sociedad continuaria de hecho, con las responsabilidades inherentes si hubiera disminuido el haber social.—Véase nota al art. 298.

En caso de fallecimiento presunto, como la sociedad conyugal se disuelve sólo con la posesión definitiva, art. 123, continuará de hecho hasta la liquidación.

Podrán pedir la liquidación de la sociedad, en caso de fallecimiento: 1º, el Ministerio de Menores, si hubiere peligro ó se temiere por los bienes; 2º, los herederos del marido; 3º, los acreedores de cualquiera de los cónyuges si no tuvieren bienes, ó no alcanzare para pagarlos; 4º, los acreedores de la sociedad.

En la separación de hecho, por abandono de cualquiera de los cónyuges, la sociedad continuaria, y en cualquier tiempo podrá pedirse la división de los bienes, haciéndola preceder de la sentencia de separación; mientras esto no suceda el marido continuará como administrador de la sociedad.

La mujer separada de hecho no puede ejercer acto alguno sin permiso de su marido, pero si no obstante ejerciere el comercio ó alguna industria, estaría obligada comunicar á su marido lo que hubiera adquirido con su trabajo, pues la sociedad continúa.

La separación de bienes puede pedirse por el cónyuge inocente en caso de divorcio; ó por la mujer únicamente, cuando el marido declarado incapaz ha sido puesto bajo la curatela de otro, ó cuando hubiere mala administración por parte del marido, pero debe ser judicial, porque la separación voluntaria es nula.—Arts. 1289, 1294, 1306. — Comp. Cód. Chileno, art. 1764. FREITAS, art. 1342.

(Art. 1292.) Durante el matrimonio sólo la mujer puede pedir la separación de bienes, porque la ley ha querido darle una garantía contra los desórdenes del marido, que es el señor y dueño de la administración, pudiendo disponer á su voluntad de los bienes gananciales; es un derecho exclusivo de la mujer, y el marido no puede hacer uso de él por pesada que sea la administración.

Entablada la acción de separación, si la mujer falleciere ó llegare á ser incapaz, ¿podrán continuar la demanda los herederos ó los que





que la ley da á la mujer para sustraerse á los desórdenes del marido, pero *el derecho para pedir la separación de los bienes, sólo*

debieran heredarla? En el primer caso no hay necesidad porque la separación se debe hacer, y podrían tomar las medidas necesarias para impedir la administración; pero si tuvieran hijos menores, el Ministerio de Menores puede intervenir. En el segundo caso, la incapacidad ha aumentado el peligro, y debería continuarse el juicio. La acción en ambos casos pasa á los herederos ó á los que debieran heredar á la mujer, como lo enseña Laurent, XXII, 200. Los acreedores de la mujer ¿pueden pedir la separación de bienes? En el derecho francés está previsto el caso, y sólo pueden hacerlo con autorización de la mujer; entre nosotros no es aceptable semejante teoría, porque aun considerado como un derecho no inherente á la persona desde que pasa á los herederos, es tan especial y toca tan íntimamente al matrimonio, que sólo podría admitirse como excepción, en caso de haberlo deducido. Los acreedores ¿pueden oponerse á que se haga la división de bienes? No, porque es un derecho exclusivo de la mujer para resguardar los que tiene adquiridos; pero podrán embargar los gananciales que le correspondan hasta el monto de sus acreencias; ni aun esto será necesario en la generalidad de los casos, porque la liquidación se hará separando todas las deudas que pesan sobre la sociedad ó pagándolas. Algunos enseñan, erróneamente, que la sociedad no puede liquidarse mientras no se paguen las deudas de la mujer, cuando precisamente uno de los objetos de la liquidación es pagar lo debido, pues de otro modo se ignoraría el monto á dividirse. Los acreedores no pueden oponerse á una división ó separación que garante sus derechos, salvando los bienes de una mala administración.—Comp. LAURENT, XXII, 199 y sig. AUBRY y RAU, § 516, n° 1. Cód. FRANCÉS, art. 1443.

Freitas, art. 1403, autoriza á los herederos de la mujer para continuar la acción de separación. No creo que los presuntos herederos de la mujer pueden ejercer el derecho de demandar la separación en caso de incapacidad de ésta; porque sería lanzarlos en una vía llena de peligros para la paz del hogar, donde el interés pecuniario primaria á toda otra afección y porque no se podría saber, si los que son presuntos herederos en el momento del juicio, continuarían siéndolo hasta su conclusión.

El derecho exclusivo concedido á la mujer es para el caso en que la unión exista, pues en el divorcio, el inocente puede pedirla, y en el de anulación ó muerte, la sociedad termina.

compete á esta cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, ó cuando hubiese hecho concurso de acreedores (art. 1294), aunque no embargasen la persona de su marido.

(Art. 1294.) Deben peligrar los bienes propios de la mujer para que la acción prospere; por consiguiente, están exento los gananciales que el marido disipare, sin que la mujer pueda impedirlo, salvo sus acciones en el caso de fraude, ó de donaciones que perjudiquen su legítima, art. 1277 y su nota.

Entre los bienes que el marido puede enajenar se comprenden los muebles, si la mujer no se opusiere, art. 1257. La renta de los bienes que ambos llevan al matrimonio son gananciales, y el marido los maneja con completa independencia, y no sería digno de la autoridad de que goza en el matrimonio el obligarlo á dar cuenta de su empleo; pero tampoco la mujer debe ser entregada á este poder absoluto, sin que pueda ejercer control en casos especialísimos, como si no cumpliese con los deberes que le corresponden respecto al mantenimiento de la mujer é hijos,teniéndolos en la estrechez, cuando la renta da para vivir holgadamente.

No están comprendidos en el artículo, los casos en que el marido malgaste sólo la renta sin comprometer los bienes dotales; pero es un caso de mala administración, si distrae la renta en otras cosas. Los autores franceses sostienen que la dote está en peligro, cuando se distrae la renta que ella produce en otros objetos que los destinados por la naturaleza del contrato, y conceden acción de separación. Dadas las diferencias de legislación, debemos tomar esas doctrinas con suma cautela, y ateniéndonos al texto de la ley argentina, sólo puede concederse en casos especiales.

Autoridades como Pothier, sostienen que la mujer sin dote, pero con una industria, puede pedir la separación de bienes, si el marido disipa lo ganado por ella; sin embargo, el texto de nuestro artículo, ni nuestros antecedentes autorizan semejante conclusión.

El segundo caso, comprende igualmente el concurso civil ó el comercial, sin que sea necesario poner en peligro los bienes de la mujer. Se le considera como incapaz de seguir con la administración de los bienes de la mujer, aunque no los hubiese comprometido, lo que me parece injusto, porque el marido por acontecimientos desgraciados y no por incapacidad puede haber sido concursado; pero como está en la mano de la mujer el demandar la separación, ésta no la pedirá pro-



Cuando la mujer es menor de edad no podrá pedir la separación de bienes sin tener un curador especial y la asistencia del De-

bablemente. En lo que respecto a la prueba debe suministrarse por la mujer dentro de los términos del artículo: mala administración, concurso de acreedores.

La conducta del marido puede ser buena y la administración pésima y al contrario, la conducta mala y buena la administración, así es que en nada influirá la una sobre la otra.

¿La interpretación debe ser restrictiva? La jurisprudencia y la doctrina francesa han concedido la separación a la mujer en todos los casos en que su interés lo ha exigido, dando más valor al texto. En el derecho argentino se deben tener en cuenta nuestras costumbres sociales, procediendo con extrema prudencia, y restringiendo una facultad que perturba la paz del hogar.—Véase LAURENT, XXII, n° 208 y sig.

Freitas, art. 1403, comprende el recelo de insolvencia del marido y el peligro de perder sus bienes por mala administración ó arriesgadas especulaciones ó por la complicación de sus negocios.—Comp. AUBRY y RAU, § 516. GOYENA, art. 1294.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1294.—LL. 1, Tit. 9, Part. 3° y 29, Tit. 11, Part. 4°—L. 24, Tit. 3, Lib. 24, Dig.—Novels 97, Cap. 6.—Cód. Francés, art. 1443.—De Luisiana, 2309.—Holandés, 241.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1294.—La separación de bienes sólo procede por las causas y en los casos que taxativamente enumera el Cód. Civ.—Jur. Civ., XIII, 316, Sér. 6°.

La separación de bienes de la sociedad conyugal, para que sea procedente basta comprobar la mala administración, por negligencia ó ineptitud.—Jur. Civ., I, 342, Sér. 1°.

La simple interposición de la demanda de separación, no basta para privar al marido de su administración.—Jur. Civ., VI, 592, Sér. 1°.

La sentencia de divorcio dictada durante la secuela del juicio, no puede ser tomada en consideración al fallar sobre la separación.—Jur. Civ., II, 781, Sér. 2°.

No puede fundar la separación los actos del esposo, que como la venta ó hipoteca, son derechos inherentes a la libre administración que la ley le acuerda.—Jur. Civ., II, 58, Sér. 2°.

Para que la demanda sea procedente, es necesario justificar, no que el marido falta a sus deberes conyugales, sino que administra mal los bienes de la mujer, de tal manera que ésta corra el peligro de perderlos, ó que hubiese hecho concurso de acreedores.—Jur. Civ., I, 206, Sér. 2°.

Si bien las medidas que la ley acuerda en favor de la mujer que inicia esta acción, restringen ó limitan la administración del marido, éste no puede ser privado totalmente de ella.—Jur. Civ., I, 625, Sér. 2°.



fensor de Menores (art. 1293); y cuando fuere incapaz estando bajo la curatela de su marido, nadie podrá demandar esa separación; pero se puede pedir la remoción de la curatela y con ella la de la administración.

Entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido, y la no

(**Art. 1293.**) Previamente se debe dar cuenta al Ministerio de menores, y éste teniendo presente las causales alegadas ¿acompañará á la menor en la demanda? No, la menor si quiere hará la denuncia y el Ministerio la tomará ó no en cuenta, pero ella por derecho propio se presentará al juez, quien oyendo al Asesor le nombrará ó no curador para iniciar la gestión. Si dadas las explicaciones del marido, el juez las encontrara satisfactorias, negará la autorización solicitada, pues es un paso tan grave que puede traer la ruptura de las relaciones conyugales. Pocos serán los que soporten (sin separarse de hecho) la acusación de malversación de los fondos sociales. En estos casos conviene que el curador pertenezca á la misma familia de la mujer, y no se introduzcan extraños que no tendrían esos miramientos necesarios para conservar la paz del hogar. Las leyes de procedimientos determinarán la forma en que debe hacerse, y convendría lo fuera en juicio sumario privado, por las consecuencias que puede tener.—Comp. FREITAS, art. 1407.

Si la mujer fuera demente ¿sus presuntos herederos podrán demandar la separación? Es una cuestión muy grave, y me inclino á negarles ese derecho, para no colocar al marido en la necesidad de defenderse contra pretensiones de presuntos herederos ávidos, que en lugar de defender al incapaz mirarian más por los bienes. Pero podrán denunciar la mala administración al Ministerio de Menores ó al juez y hacerlo remover de la curatela, quitándole la administración ó asegurándola, ó continuar la acción deducida por la mujer.

Corresponden á la esposa los aportados al matrimonio, aun cuando no exista escritura, siempre que judicialmente el esposo haya reconocido como cierto el hecho.—Jur. Civ., VII, 529, Sér. 1°.

No es suficiente para fundar la separación, la enajenación de los de la sociedad conyugal; debe justificarse que ella se hace con ánimo de defraudar los intereses de la esposa.—Jur. Civ., VIII, 347, Sér. 1°.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1293.—Véase art. 1292.—Jur. Civ., VI, 592, Sér. 1°.



enajenación de los bienes de éste, ó de la sociedad. Puede también pedir que se le dé lo necesario para los gastos que exige el juicio (art. 1295), porque el marido debe proveer para las expensas

(Art. 1295.) He aquí uno de los tantos casos en que el Código Civil penetra en el procedimiento que corresponde á las provincias, y sería una cuestión importante la de saber, si esta disposición debe tener aplicación en la provincia de Buenos Aires, en que el art. 443 de la Ley de Procedimientos, no autoriza el embargo preventivo, sino en los únicos incisos allí determinados. Pero si la ley de forma puede declarar un derecho, debe tener la facultad de garantizarlo por la acción que lo pone en movimiento, y creo que en este caso, como en muchos otros, puede legislarlo, dejando á la provincia el derecho de determinar la prueba del peligro y las condiciones en que debe ejercitarse la acción.

Bastará entablar la acción de separación para tener derecho á embargar los bienes muebles de la mujer, que el marido está autorizado á enajenar, sin demostrar previamente que hay peligro; es un derecho inherente á la demanda de separación, como el de la inhibición de disponer de los demás bienes que forman el capital de la sociedad, ó que le pertenezcan en propiedad, disposición que armoniza con la ley de procedimientos, que embarga las cosas que se demandan en reivindicación. ¿Podrá constituir derechos reales sobre ellos? La ley sólo habla de enajenación, pero las inhibiciones se dictan para que no puedan disponer ni gravar sus bienes, y sería inútil la prohibición de enajenar, si no comprendiese la de hipotecarlos. Apoya mi tesis el artículo siguiente al prohibir el arrendamiento.—Véase la nota al fin.

Antes de deducida la acción y mientras se llena las formalidades necesarias, puede pedir las mismas medidas de seguridad demostrando sumariamente el peligro.

La demanda de separación de bienes supone una separación corporal de hecho, y por eso la mujer está autorizada, como en el caso de divorcio, á pedir se le dé lo necesario para los gastos del juicio. La disposición de este artículo y la correlativa del art. 74, *Ley Matr. Civ.*, tienen fundamentos diversos: la demanda de separación de bienes tiene por causa la mala administración de los bienes del matrimonio, y se deben tomar medidas rápidas para asegurarlos, mientras en el divorcio son causas ajenas á la administración, y sólo cuando haya temor fundado de enajenaciones fraudulentas se autoriza el inventario y la administración; en ambos casos el marido puede evitar esta medi-



de los pleitos, desde que la mujer no tiene administración alguna.

da dando fianza. La prueba sobre peligro será sumaria, quedando á la prudencia de los jueces el apreciarla.—Comp. FREITAS, art. 1408 y Cód. CHILENO, art. 156.

Si la mujer se reservó la administración de algún bien raíz, ó si se le donó ó legó bienes con la condición de que ella los administraría y le produjeren lo suficiente para los gastos del pleito, el marido puede negarse á dar lo necesario para esos gastos, demostrando que la mujer posee rentas para sufragarlos.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1295.—Entablada la demanda de separación de bienes la esposa tiene derecho para pedir el embargo preventivo de los bienes comunes, pero sólo en la parte que basten á responder de los propios.—Jur. Civ., VI, 592, Sér. 1°.

Entablada la demanda de separación, procede la inhibición.—Jur. Civ., X, 47, Sér. 2°.

Nota—Hay una resolución contraria de la misma Cámara; pero la presente me parece más aceptable; sin embargo, esto corresponde á las leyes de procedimientos.—(N. del A.)

Antes de la demanda, sólo puede fundarse el embargo preventivo, justificando el peligro á que se refiere el art. 1295 del Cód. Civ.—Jur. Civ., V, 110, Sér. 1°.

Es procedente el embargo de los depósitos á nombre de la esposa, consentido el auto que la decreta, aun cuando el esposo conserve la administración.—Jur. Civ., VII, 292, Sér. 1°.

No procede el embargo preventivo aun después de iniciada la separación de bienes, mientras no se justifique el peligro de la demora.—Jur. Civ., VII, 28, Sér. 4°.

Es procedente la inhibición de enajenar los bienes de la sociedad conyugal, si iniciada la separación, existe peligro á juicio de los tribunales.—Jur. Civ. VII, 322, Sér. 2°.

La sentencia definitiva en el juicio de alimentos provisorios, no basta para decretar una inhibición contra el esposo, si éste satisface corrientemente la prestación.—Jur. Civ., IX, 69, Sér. 2°.

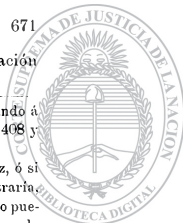
El esposo, aun inhibido, puede disponer del precio de sus bienes propios.—Jur. Civ., X, 44, Sér. 2°.

El juicio de separación de bienes no altera los derechos que terceros contratan de buena fe tengan á los bienes conyugales.—Jur. Civ. I, 436, Sér. 2°.

En este juicio, no puede la esposa ser puesta en posesión de los bienes que el esposo tenga en sociedad con terceros.—Jur. Civ., VI, 484, Sér. 2°.

A los efectos de la separación de bienes, sólo debe establecerse claramente cuales son los existentes en la época de la disolución de la sociedad conyugal, separando los que se justifiquen existan con anterioridad al matrimonio, ó el precio en que hubiesen sido enajenados.—Jur. Civ., VII, 104, Sér. 1°.

Después de la declaración de quiebra, corresponde á la jurisdicción comercial conocer en el juicio que sobre separación de bienes pretenda iniciar la esposa.—Jur. Civ., VII, 54, Sér. 4°.





La separación no puede hacerse por mutuo consentimiento de los esposos, porque siendo la comunidad y la administración disposiciones de orden público, la voluntad de los particulares no puede derogarlas; de donde resulta que será nula y de ningún valor la partición anticipada de los bienes que correspondan á la sociedad conyugal, porque los esposos no pueden hacer contrato alguno entre sí. Pero esto no impedirá que el marido se conforme y no apele de la sentencia que ha pronunciado la separación, ó desista de la apelación que hubiere interpuesto.

La separación de bienes disuelve la comunidad, pero antes del fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro no tendrá derecho á las ventajas acordadas al sobreviviente en el contrato de matrimonio.

La separación de bienes queda sin efecto, y se restablece la comunidad legal por el consentimiento de ambos cónyuges; pero si la mujer fuere menor de edad, intervendrá el Ministerio de Menores.

Entablada la demanda de separación *el marido puede oponerse á ella, dando fianzas ó hipotecas que aseguren los bienes de la mujer (art. 1296).*

(**Art. 1296.**) El art. 74, ley matr. civ., habla de los bienes del matrimonio, que pueden ser disipados; es decir, los que corresponden como capital y gananciales, pues no sería posible pedirle garantías para la administración de sus propios bienes. El art. 74 citado habla de fianza, mientras éste admite hipoteca, y creo con Freitas, art. 1409, que comprende también la prenda. El objeto de la ley es garantizar los bienes de la mujer contra la mala administración del marido, cuando hay demanda de divorcio, é impedir por el embargo ó inhibición cuando se pidiera la separación, y esto se consigue con la prenda, hipoteca ó fianza, no obstante la ley no admite en ciertos casos esos cambios.

Cuando el marido se opusiere á la separación, el juicio se dará por terminado, si asegurase su administración con fianza ó hipoteca y el juez decretará lo que deba entregarse á la mujer para la manutención de la familia, si fuera deducido el juicio por esta causa. El Cód. Chileno, art. 155, ordena se decrete la separación en caso de insolvencia ó de administración fraudulenta, y sólo admite la fianza ó hipoteca en

Durante el juicio de separación, *la mujer podrá argüir de fraude cualquier acto ó contrato del marido, anterior á la demanda de separación de bienes, en conformidad con lo que está dispuesto respecto á los hechos en fraude de los acreedores (art. 1298);* y á este efecto la ley reputa simulado y fraudu-

los casos de mal estado de administración por causa de especulaciones aventuradas, ó administración errónea ó descuidada, pero el Cód. Argentino no hace distinción tan oportuna, porque en caso de fraude es más propio privar de la administración que buscar un remedio para los perjuicios.—Comp. FREITAS, art. 1409.

(**Art. 1298.**) Se dijo en el art. 1277 que el marido podía enajenar los gananciales, sin perjuicio de ser reclamados dichos actos cuando fueran en fraude de la mujer; este artículo confirma esa facultad, sin expresar desde cuándo debe contarse el término de un año para la reclamación que confiere el art. 4033. Como la prescripción está en suspenso durante el matrimonio, art. 3970, y el caso de separación de bienes no supone ni implica la separación legal del matrimonio, sólo por analogía podremos determinarlo. El término para deducir la acción pauliana debe comenzar á correr desde la sentencia firme de separación, porque desde ese momento adquiere la mujer la libre administración de sus bienes, sin tener necesidad de autorización de su marido ó del juez.

La mujer no podrá atacar dichos actos, sino cuando el marido se encuentre en las condiciones del art. 962; pero podrá hacerlo responsable cuando el acto perjudicare sus derechos. Así, las donaciones de importancia que el marido hiciere durante el matrimonio, de los bienes gananciales se traerán á colación para tomar en cuenta su valor, sin necesidad de anularlas como fraudulentas; pero los demás actos á título oneroso podrá atacarlos demostrando la simulación ó el fraude. ¿Se consideran válidos los contratos que el marido hiciera durante el matrimonio hasta el momento de la sentencia firme de separación? Aquí se encuentra un vacío muy difícil de llenar; porque una vez que la mujer ha sido llevada á los extremos de demandar á su marido por sus dilapidaciones, se ha debido garantizarla contra los actos que comprometan su caudal, reduciéndolo á cero. ¿Quién le impide al marido contraer deudas obligando á la sociedad? Lo más propio será considerar que esos actos sólo obligan al marido, en virtud de los arts. 1262, 1299 y 1776. Freitas, art. 1412, n.º 9, ha previsto el caso en parte, reputando fraudulento y simulado con relación á la mujer, todos los tí-





lento cualquier arrendamiento que hubiese hecho el marido después de la demanda, puesta por la mujer sobre la separación de bienes, si no fuese con consentimiento de ella ó con autorización judicial. Repútase también simulado y fraudulento todo recibo anticipado de rentas ó alquileres (art. 1297).

tulos creditorios que no estuvieren en instrumento público ó privado con fecha cierta, aunque fueren contraídas antes de la demanda de separación. Una disposición semejante pondría á cubierto á la mujer de responder por deudas que reducirían á cero los bienes gananciales, pues no hay una separación de la administración desde la demanda.

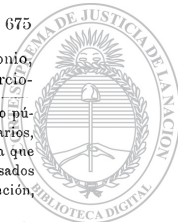
—Véase la nota al artículo siguiente.

Según el sistema del Código Argentino, la mujer deberá probar el fraude, lo que será casi imposible, y la dejaría en poder del marido, sobre todo en lo relativo á los gananciales; esto se salvaría dando una interpretación favorable al artículo siguiente.

(Art. 1297.) La demanda de separación de bienes autoriza á la mujer para embargar sus bienes muebles é inhibir al marido de la enajenación de los demás; pero no le impide al parecer hacer contratos que pueden comprometer, no sólo los bienes propios, sino los de la sociedad; sin embargo, la demanda de separación se funda en la mala administración y la ley debe impedir inmediatamente su continuación ó por lo menos que siga causando daño. La separación se entabla por disipación ó desarreglos del marido, y reputamos conveniente la disposición.

Si el marido procede de buena fe, fácil le será obtener el consentimiento de la mujer mayor de edad, ó la autorización del juez si es menor, para hacer esos contratos. Si por la naturaleza del contrato hecho en instrumento público antes de la demanda de separación, el marido debiera recibir arrendamientos adelantados por año ó semestre, y los hubiese percibido antes de la demanda, su pago no se considerará como simulado y fraudulento. La dificultad existirá en el caso de haberlos recibido después de la demanda; pero los arrendatarios que han pagado de buena fe con arreglo á su contrato, no perderán, pues tendrán su acción para repetir contra el marido. En esta

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 1298.—La declaratoria de pobreza pedida por el marido con motivo del juicio de divorcio y separación de bienes antes de la enajenación, demuestra que ésta ha sido en fraude de los derechos de la mujer.—XXIV, 177.



Aunque la mujer no hubiera aportado bienes al matrimonio, si tuviere alguna profesión ó industria que pudiera proporcio-

parte la disposición no está exenta de crítica; porque no siendo pública la demanda, ni estando obligado á conocerla los arrendatarios, habría sido preferible obligar á la mujer á hacerlos notificar para que no hagan pagos al marido; pero si fueran arrendamientos atrasados habrían pagado bien, pues el objeto es regularizar la administración, desde el momento de la demanda.

No creo como algunos, que baste la demanda de separación sin notificación al marido, aunque éste la conozca extrajudicialmente, para que se repunte fraudulento cualquier arrendamiento; porque no estando travado el pleito, la mujer puede desistir y resultaría que no ha existido, y no obstante se reputaría nulo el arrendamiento, cuando no hay causa.

Cuando el arrendamiento hecho por el marido excediese el término del art. 1278, no se reputará fraudulento, como algunos creen, y sólo será anulable, porque lo hecho sin facultades, puede confirmarse por la mujer mayor, ó por el juez, cuando fuese esta menor.

El fraude presumido por la ley ¿admite prueba en contra?

Es muy dudoso, pero teniendo en cuenta que el objeto de la ley es que el marido no pueda alterar el estado de los bienes desde el momento de la demanda, y que el arrendamiento es una especie de gravamen que se les impone, me decido por la negativa; por otra parte, una presunción con un objeto determinado, no puede ser contradicha para burlar los efectos señalados por la ley. Freitas, art. 1412, reputa simulado y fraudulento el arrendamiento, cuando la mujer ha manifestado en juicio la intención de separar sus bienes, si el contrato excediese el plazo de tres años, y en todo caso, si hubiese recibido anticipado rentas ó alquileres. ¿Podrá el marido después de la demanda hacer contratos de arrendamientos? Del contexto del artículo resulta la negativa; además el art. 1295 le prohíbe enajenar ó gravar sus propios bienes ó los de la sociedad, aunque no le priva de la administración; pero debe limitarse á no perjudicar los derechos de su mujer con un gravamen como el de un arrendamiento irrisorio. Así, podrá arrendar, porque esta es una facultad anexa á la administración, pero no hacer contratos por tiempo determinado.

Faltos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1297.—Se reputa simulado el contrato de locación de los bienes de la esposa, celebrado por el esposo después de iniciada la demanda de separación de bienes, y debe declararse su nulidad.—Jur. Civ., III, 230, Tér. 3º.



narle cómodamente á ella y su familia los medios de existencia, debería estar facultada para demandar la separación bienes, si el marido por su conducta desarreglada, no los aplicara á las necesidades de la familia, ó si estuviera acostumbrado á gastarlo en cosas ajenas á esas necesidades; pero el Código no la autoriza.

§ 371.—EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE BIENES

Decretada la separación de bienes (por sentencia firme), queda extinguida la sociedad conyugal. La mujer y el marido recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad (art. 1299). Los efectos del juicio

(Art. 1299.) La sentencia firme que decreta la separación de bienes, ¿deberá retrotraerse al tiempo de la demanda? Se dijo en el art. 1262 que se aplicarían los principios de la sociedad en cuanto no se opusieren á lo dispuesto en este título, y el 1776 da efecto retroactivo á la sentencia firme de disolución; luego podría regir en este caso. Así, la sociedad se consideraría disuelta desde la demanda, y los frutos de los bienes propios de ambos cónyuges pertenecerían en propiedad á cada uno de ellos, y los comunes ó gananciales se considerarían como si hubieran estado en una sociedad de hecho. Esto introducirá una verdadera perturbación al parecer; pero viene á garantizar á la mujer contra los actos del marido, que se reputarían hechos, no para la sociedad sino para él, y sólo comprometerían su haber. Esta interpretación es favorable á la mujer, y consulta los intereses de la comunidad. Sería conveniente que las leyes de procedimientos ordenasen en estos casos una publicación para que hiciera conocer á los terceros que contratan con el marido, que no pueden obligar sino sus bienes propios.

La liquidación social se hará entregando á cada uno el capital que llevaron á la sociedad, y las cosas se devolverán en el estado en que se encuentren; si fuesen mejoradas, el mayor valor corresponde á la sociedad, art. 1272, n° 6. Las deudas contraídas por el marido antes de la demanda, se tomarán en cuenta cuando tuvieren fecha cierta, art. 1035, y las posteriores sólo obligarán su propio haber. Esta interpretación garante los derechos de la mujer que la ley ha querido salvaguardar, y sería curioso que un marido disipador, pueda continuar comprometiéndolo el haber de la sociedad, protegido por la ley que arma á la mu-



de separación deberían remontarse á la época de la demanda, para los terceros que hubieren contratado con el marido. La sociedad conyugal no estaría obligada desde esa época sino en la medida de lo que hubiere aprovechado.

Los actos del marido disponiendo de los bienes de la comunidad, durante la demanda de separación, no pueden perjudicar á la mujer, pero los simples actos de administración en los bienes de la sociedad conyugal, ó en los de la mujer serán válidos, á menos que no se pruebe el fraude ó la simulación.

Habiendo cesado la comunidad legal de bienes, es decir, *durante la separación, el marido y la mujer deben contribuir á su propio mantenimiento, y á los alimentos y educación de los hijos, en proporción á sus respectivos bienes (art. 1300), y la mujer*

jer de un supremo derecho para defender la tranquilidad de su familia. — Véase GOYENA, art. 1356. Cód. CHILENO, art. 158.

(**Art. 1300.**) El art. 271 impone al padre el deber de alimentar á los hijos, si el juez los dejare en su poder; pero como en la separación de bienes no se supone la separación corporal de los esposos, esos principios no pueden tener su aplicación en este caso. Aquí los hijos y la mujer continúan bajo su autoridad; pero como los bienes que contribuían á soportar las cargas del matrimonio se han dividido, cada uno debe proveer á la manutención de los hijos en la proporción de esos bienes.

Este artículo, como los correlativos, fué tomado del Cód. Francés, art. 1448, donde estas situaciones son naturales, mientras entre nosotros no tienen aplicación, y pasará mucho tiempo antes de tenerla. Supone que marido y mujer administran sus propios bienes, y contribuyen proporcionalmente á su haber, á los gastos de manutención y á la educación de sus hijos, sociedad que no se encontrará en nuestro país. Es seguro que la demanda de separación de bienes produce entre nosotros una ruptura de la sociedad conyugal, y ha debido legislarse el caso en su consecuencias. ¿Quién lleva los hijos? ¿Cómo se arregla esa familia? Son situaciones que deben legislarse. El Cód. Chileno, art. 160, autoriza al juez para arreglar la contribución y los arts. 76 á 80, *Ley Matr. Cív.*, lo determinan en caso de divorcio.—Comp. GOYENA, art. 1356.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1300.—Zacharias, § 649 y notas 39 y 40.

no tendrá parte alguna en lo que en adelante ganare el marido, ni éste en lo que ella ganare (art. 1301).

§ 372.—CAPACIDAD DE LA MUJER SEPARADA DE BIENES

La separación de bienes ha disuelto la comunidad legal, y por consiguiente, la mujer mayor de edad recobra su capacidad de derecho, y *no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos á la administración, ni para enajenar sus bienes muebles; pero le es necesaria autorización judicial, para enajenar los bienes inmuebles, ó constituir sobre ellos dere-*

(Art. 1301.) La separación de bienes termina la sociedad conyugal; en adelante marido y mujer son extraños, cada uno trabaja por su parte, percibe sus rentas y administra solo. ¿Se concibe entre nosotros un matrimonio en tales condiciones?

La mujer continúa bajo el poder marital, no obstante de tener completa libertad para ejercer una industria ó profesión cualquiera; el único vínculo de interés que conservan, es que cada uno debe contribuir proporcionalmente á su manutención y á la de los hijos; pero si alguno de ellos no tuviera lo suficiente, el otro lo hará en la medida de lo conveniente, ó el juez la determinará en el juicio respectivo.

La liquidación de la sociedad debe hacerse como en los casos de disolución; pero ambos cónyuges conservan las ventajas acordadas en la convención matrimonial, y los derechos hereditarios, si la separación no ha producido el divorcio. Volvemos á repetirlo, son situaciones que entre nosotros no se conocen, porque los esposos se encuentran tan íntimamente ligados en afecciones é intereses, que no se comprendería un matrimonio semejante. Con que el concubinato produce esta estrecha unión. ¿Cómo no la producirá el matrimonio!

Este artículo y el anterior son formados del art. 158 del Cód. Chileno, que ha seguido al Francés.

La liquidación debe hacerse teniendo en cuenta que la sentencia se retrotrae al tiempo de la demanda, pues desde ese instante ha cesado la sociedad conyugal; es la única defensa de la mujer contra la mala conducta del marido, que durante el juicio ha podido comprometer sus bienes propios y los gananciales del matrimonio. Freitas, art. 1412, n° 2, siguiendo otro sistema hace cesar la sociedad desde la inscripción de la sentencia en el registro conservatorio.—Comp. LAURENT, XXII, n° 336 y sig.



chos reales (art. 1302), como hipotecas, servidumbres ó antichresis.

(Art. 1302.) La mujer separada de bienes adquiere sólo la libre administración, y no necesita la autorización del marido, ni la judicial para percibir las rentas, recoger los frutos, hacer las mejoras necesarias, contratar arrendamientos; en una palabra, puede hacer todo lo que constituya un acto de administración; sin embargo, sus facultades son más extensas, porque administra bienes propios; así, puede disponer de su renta en los términos que más adelante se expresará. ¿Se puede comparar las facultades de la mujer administradora á las que tienen los menores emancipados? La semejanza no es exacta; porque la mujer mayor de edad puede y debe recibir pagos de cualquiera cantidad que sea, así como vender sus bienes muebles, cualquiera que sea su valor, y comprar otros. Será necesario buscar en el Código mismo y en la doctrina los principios que rijan esta difícil materia no legislada. ¿Puede dar en arrendamiento sus inmuebles? Es un acto de administración; pero no debe exceder de seis años; es el límite puesto al que tiene poder para administrar, art. 1881, n° 10.

La mujer puede colocar su renta en bienes muebles ó inmuebles, este es un acto de sabia administración que nadie podría negarle; pero ese derecho le sería contestado si tuviera que tomar prestado para hacer esas adquisiciones; porque no es acto de mera administración. ¿Podrá colocar sus capitales en rentas vitalicias? Sí; porque tiene facultad para vender sus bienes muebles y puede constituirlos el que puede enajenarlos, art. 2073; puede también obligarse á pagarlas por la misma razón. Los bienes muebles que la mujer puede enajenar, no sólo comprenden los corporales, sino los créditos, acciones, rentas y cosas semejantes, y por consiguiente puede transigir sobre ellos, dividir los que le hubiesen correspondido por sucesión, aun cuando comprendiesen inmuebles; esto último sería dudoso, porque la división se asemeja á un acto de enajenación; pero nos decidimos por la afirmativa, porque sólo es una mera distribución de los bienes. ¿Puede disponer de los muebles á título gratuito? Sí, sometiéndose á lo dispuesto en los arts. 1830 y 1831.

Se dice generalmente, que como la mujer puede disponer de sus bienes muebles, está facultada para contraer obligaciones que los comprometen especialmente; esa era la decisión de la Corte de Casación Francesa (véase Dalloz l. c., n° 1971), y está en la verdadera doctrina. Entre nosotros el que tiene poder para vender, no lo tiene para hipotecar, que es lo menos, art. 1883. La mujer autorizada para admi-





La mujer separada de bienes tiene la libre administración, puede arrendar y recibir sus rentas, perseguir por la vía ejecu-

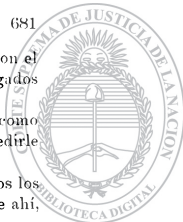
nistrar libremente sus bienes, puede hacer los contratos referentes a esa administración; pero no debe ir más allá; es cierto que venderá sus bienes muebles y cumplirá con las obligaciones contraídas fuera de esa administración, pero eso no impedirá que se niegue a cumplirlos, cuando vea la ruina á que la llevaría.—Comp. RODIER y PONT, III, n° 2193. COLMET DE SANTERRE, VI, n° 101, *bis*, XII. LAURENT, XXII, n° 310.

Se examinará si las obligaciones contraídas por la mujer han excedido los límites de la libre administración, tomando por base los actos para los que se exigen poderes especiales, art. 1881, con algunas variaciones.

La mujer separada de bienes puede prestar los dineros recibidos ó darles cualquier colocación, siempre que cumpla con los deberes que le impone el matrimonio. Cuando la mujer ha obrado dentro de los límites de su administración, obliga no sólo sus bienes muebles sino también los inmuebles, porque la ley reconoce la obligación como legal, y sería autorizar un acto para negarle después su sanción.

La mujer no puede aceptar pura y simplemente una sucesión, porque no es acto de administración; el art. 3334 la faculta para hacerlo con beneficio de inventario; pero puede aceptar una donación sin cargos. La mujer no podrá tomar en préstamo cantidades de ninguna especie, porque no es acto de administración; por consiguiente no puede afianzar las deudas de un tercero; aunque si dar prendas para asegurar las obligaciones que contraiga por la administración. La mujer puede hacer los pagos ordinarios de la administración, pero no renuncias gratuitas, ni remisiones ó quitas si excediese de lo que puede donar.

La ley supone que la separación de bienes no ha producido el divorcio y por esa razón dice, que la mujer podría enajenar los bienes raíces ó constituir sobre ellos derechos reales, con autorización de su marido. La supresión que se nota en el artículo, debe atribuirse más bien á un olvido, que á un pensamiento preconcebido de separar al marido de toda intervención en los asuntos de la mujer sustituyéndola por la autorización del juez: podría decirse que habiéndole privado de la administración no debe intervenir en ella; no obstante, la autorización judicial es siempre supletoria cuando el marido no quiera ó no pueda darla. Si la mujer tuviese en condominio bienes raíces y se le exigiere la venta, no necesitará autorización para consentirla, porque



tiva el reembolso de sus capitales, comprar inmuebles con el producto de sus rentas ó de las donaciones, herencias ó legados que le hicieren en dinero.

La mujer separada de bienes puede emplear sus rentas como lo crea conveniente, sin que nadie tenga derecho para pedirle cuentas.

Como la mujer separada de bienes puede celebrar todos los actos y contratos relativos á la administración, se sigue de ahí, que *los acreedores tendrán derecho contra los bienes ó legados por actos ó contratos que legitimamente ha podido celebrar* (**art. 1303**).

es forzosa; pero si se propusiera la división de la cosa, la necesitará. La mujer administradora es capaz para todos los actos que quedan referidos; y con relación á los demás, que necesitan autorización, son anulables á petición de la parte que no tenía la capacidad para celebrarlos. La capacidad que la mujer adquiere por la separación no comprende la facultad de estar en juicio, ni la de enajenar los inmuebles, ni de comprometerlos en árbitrios. Si la mujer es menor de edad estará sujeta á lo que disponen los arts. 134 á 136.—Véase art. 73, ley *Matr. Civ.*—Comp. LAURENT, XXII, n° 321, y sig. AUBRY y RAU, § 516, notas 54 á 77.

Cuando la mujer ha sido autorizada por su marido para vender los inmuebles, ¿qué responsabilidad tiene por el mal empleo que hiciere de ese dinero? La ley guarda silencio, dejando incompleta la disposición; porque la intervención del marido ó del juez no es mecánica, tiene por objeto impedir que la mujer disipe su precio. Es un vacío que la jurisprudencia debe llenar; mientras tanto, no nos atrevemos á crear responsabilidades sobre el marido, quien puede exigir el empleo de esos dineros en otros inmuebles ó en las cosas para que han sido vendidos.

(**Art. 1303.**) El artículo viene á decidir una de las cuestiones más importantes: unos sostienen que la mujer separada de bienes no puede comprometer ni obligar sus inmuebles, mientras otros apoyan la afirmativa. La mujer no puede enajenar sus inmuebles, pero el artículo no

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1302.—La administración de los bienes de la sociedad conyugal puede sólo ser conferida á la esposa en el carácter de curadora, por incapacidad del marido, pero no por mala administración.—Jur. Civ., I, 342, Sér. 1ª.

y podrán traducirla en justicia y ejecutar sus bienes, sin intervención del marido.

§ 373.—DEL RESTABLECIMIENTO DE LA COMUNIDAD

Se dijo que no había separación de bienes por mutuo consentimiento, pues era necesario sentencia de Juez; sin embargo, los efectos de la *separación judicial* *podrán cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, ó si el Juez lo decretase á pedimento de ambos* (**art. 1304**, 1ª parte).

Cuando la comunidad legal se restablece, *cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior á la separación, como si ésta no hubiese existido, quedando válidos todos los actos legales de la mujer durante el intervalo de la separación, como si hubiesen sido autorizados por el marido* (**art. 1304**, 2ª parte).

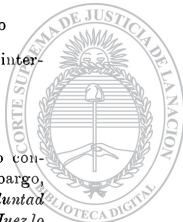
habla de enajenación, sino de contraer obligaciones y si la ley la facultaba para obligarse, comprometerá sus propios bienes en los que podrá ser ejecutada.

La idea de incapacidad para enajenar ciertos bienes no es correlativa de no poder obligarlos válidamente, porque la idea de obligación no es tampoco correlativa de la de venta. Y es perfectamente jurídico exigirle autorización para enajenar los inmuebles, sin que haya contradicción con la autorización para obligarlos por actos de administración. La cuestión á resolver será: si la mujer ha podido ejecutar el acto jurídico de que nace la obligación; en caso afirmativo, responderá con todos sus bienes.

La mujer obligará sus propios bienes sin comprometer los de su marido, ni aun cuando éste le hubiera dado su autorización; á menos de haber obtenido beneficio y sólo por lo que estos importen.

El marido puede obligarse como fiador ó de cualquier otra manera por las obligaciones que su mujer contrajera, sea como administradora ó excediendo los límites de esa administración, y su fianza ú obligación subsidiaria se considerará como una autorización en aquellos actos en que la necesite.—Comp. Cód. de Chile, art. 161.

(**Art. 1304.**) En esta parte el Código es incompleto, porque no determina como el francés, arts. 1445 y 1451 el modo de hacer pública la separación de bienes, ni su cesación, para que tenga efecto con-





El consentimiento de los esposos para restablecer la comunidad legal, manifestado verbalmente ó por escrito privado, no

tra terceros; es una falta que las leyes de procedimientos no pueden llenar, porque toca al fondo del derecho. La escritura pública ni el decreto judicial pueden reemplazar la publicación del hecho, porque la escritura ó el expediente judicial son en cierto modo actos de carácter privado, del que no toman conocimiento sino los interesados. El efecto retroactivo, en principio general, no perjudica á terceros, pero hay muchos casos en que por la naturaleza misma del acto está destinado á dañarlos, como en las obligaciones bajo condición suspensiva, pues realizada la condición se reputa que el acto ha tenido lugar desde que se comenzó. La confirmación ó la ratificación son actos posteriores, que si bien tienen efecto retroactivo para los que intervienen, no pueden perjudicar á los terceros que no han tomado parte; pero esto varía cuando se trata de la sentencia de separación, que produce efecto desde la demanda, y los terceros que contratan con el marido ó la mujer saben que están expuestos á éste resultado.

Según el artículo, la separación cesará sólo á partir de la escritura ó del decreto judicial; éste procedimiento dará lugar á fraudes por falta de publicidad; pero con relación á los esposos, ¿se les admitirá á demostrar por cualquier género de prueba, que la comunidad se ha restablecido antes? No; porque sería lanzarlos en procesos inútiles sin una base de relativa publicidad, y sobre todo porque la ley exige esos dos medios para hacer cesar la separación.

Si al volver á la comunidad se hubieran estipulado cláusulas que derogasen ó alterasen la convención matrimonial, se tendrán por no puestas, no sólo porque la ley declara inalterables dichas convenciones, si no porque las cosas se restablecen al estado anterior. Para los esposos, la cesación de la separación tiene efecto retroactivo y deben comunicarse las ganancias que uno y otro hubieren obtenido, considerándose como si la separación no hubiere tenido lugar; así es que en el inventario que se hiciere de los bienes de la mujer, se hará constar aquellos que han sido adquiridos con las rentas ó frutos, ó con las ganancias obtenidas, porque esos corresponderán á la sociedad como ganancias.

La retroactividad en este caso es introducida en beneficio de los terceros, en el sentido de que los acreedores de la mujer ó del marido tendrán acción sobre los bienes que pertenecen á la sociedad como ganancias, sin que los unos ni los otros puedan oponerse á que se verifique la unión, porque sean perjudicados, pues siempre tendrán



tendría eficacia respecto de tercero, que necesitan de un acto público, como la escritura ó la declaración judicial; pero tendría efecto para los cónyuges.

Si las cosas se restituyen al estado que tenían antes de la separación, quiere decir que la sociedad no se ha interrumpido, y que vuelven á comunicarse los bienes separados; pero *para saltear su responsabilidad futura, podrá el marido exigir que se haga inventario judicial de los bienes de la mujer que entrasen en su nueva administración, ó podrá determinarse la existencia de los bienes por escritura pública firmada por él y la mujer (art. 1305)*, teniéndose en cuenta los que correspondieron por

los bienes propios de cada uno de los cónyuges que les responderán de las obligaciones contraídas durante la separación; pero la ley al conceder el efecto retroactivo tiene en vista que todos los actos de la mujer dentro de las facultades que ejercía quedan inalterables, y como si hubieran sido hechos con autorización del marido; así es que la retroactividad no los altera, y sólo tiene efecto respecto de las adquisiciones, percepción de rentas ó frutos que hayan aumentado el capital, y que vienen á formar los gananciales de la sociedad que se reputa haber continuado sin interrupción.

La ley exige la voluntad de los cónyuges para hacer cesar la separación, de modo que no se restablece por la renuncia de la mujer, como pudiera creerse; porque siendo la comunidad una convención, necesita el consentimiento de ambos.

La mujer menor de edad separada de bienes puede volver á la comunidad sin necesidad de autorización judicial, no sólo porque la ley no pone dificultad al ejercicio de este derecho, sino porque debe favorecerse en cuanto sea posible la unión en los matrimonios, y una vez unidos puede volver á pedir la separación si el marido no cumple sus promesas y continua su vida desarreglada, trayendo como antecedentes los hechos anteriores para apoyar sus pretensiones.—Comp. AUBRY y RAU, § 516, texto y notas 83 á 85. LAURENT, XXII, n° 353, y sig. FREITAS, art. 1414, exige la publicación del acto de cesación y la anotación en el registro conservatorio.

(**Art. 1305.**) Cuando el marido no ha hecho inventario ó escritura pública, se reputará que el matrimonio ha continuado con los mismos bienes que tenía al formarse, salvo la prueba en contrario, que podría darse por escritura pública con relación á los bienes adquiri-

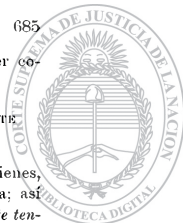
gananciales en la separación, porque esos vuelven á ser comunes.

§ 374.—DE LA SEPARACIÓN EN CASO DE DIVORCIO Ó MUERTE
PRESUNTA

El divorcio por sí sólo no produce la separación de bienes, ni confiere derecho á ambos cónyuges para demandarla; así dice el (art. 1306): *en el caso de divorcio, el cónyuge inocente ten-*

dos por la mujer durante la separación. La venta de un inmueble, con autorización, y la adquisición de otro, hará que este entre como dote aun que valiera más, á no ser que resultare pagado con el importe del inmueble vendido, más los frutos ó rentas percibidas durante la separación; pues siendo estas gananciales correspondería esa parte del precio á la sociedad, como en el caso de las mejoras que hubieren dado mayor valor. La disposición debiera ser preceptiva, como lo trae Goyena, art. 1361, por los perjuicios que puede ocasionar á los acreedores y herederos del marido, la falta de una formalidad que lo hace responsable de cosas que no existen y de que ha dispuesto la mujer durante la separación de bienes. Por esa razón los herederos del marido podrán reclamar en caso de disolución por causa de muerte, contra un acto que hace responsable al marido de bienes que no ha recibido. No se podrá negar la verdad de los hechos sucedidos, pues si la ley supone para los efectos legales que la separación no ha tenido lugar; no por eso es menos real que ha existido, y más aun si ha alterado el capital de la mujer. Conviene hacer obligatorio el inventario judicial, porque la escritura pública no lo reemplaza, é impide que el marido pueda reconocer mayores bienes de los que en realidad aporta su mujer, perjudicando á sus acreedores ó herederos. Todo lo que la mujer ó el marido introduzcan nuevamente, si no consta por título anterior al matrimonio ó por donación ó herencia recibidos posteriormente, se reputará ganancial. El Código ha seguido á FREITAS, art. 1416.

(Art. 1306.) El cónyuge inocente es el único que puede pedir la separación de bienes, de modo que si ambos fueran culpables, ninguno la podría demandar y esta continuaría, lo que sería absurdo. La razón que da Goyena al art. 1358 de: «que no es justo ni decoroso que continúe el marido culpable en la administración de los bienes de la mujer, agraviada y separada», no puede aplicarse al caso en que ambos





drá derecho para pedir la separación judicial de bienes, y en cuanto á éstos, los efectos del divorcio respecto á los cónyuges y á

sean culpables. Freitas, art. 1401, dice: «el cónyuge vencedor siempre tendrá derecho para pedir la separación, etc.»; sin embargo que la ley no autoriza la separación de bienes cuando no hay cónyuge inocente, me inclino á creer que debe ser autorizada; porque si hay razón para someter á la mujer culpable divorciada á soportar la administración del marido inocente, no la hay cuando los dos han cometido actos que autorizan el divorcio. Sería someterlos á una especie de cadena perpetua, y no hay conveniencia en prolongar una sociedad que por la voluntad de ambos ha quedado rota, con tanto más fundamento, cuanto que el marido probablemente rechazará una carga semejante: trabajar para la mujer que él ha abandonado por una causa grave, es no medir las consecuencias deplorables á que pueden llegar. Valdría más dar por concluidas las relaciones y dejarlos en libertad, ya que no es posible disolver el vínculo. Téngase presente, que la separación de bienes puede tener lugar por mala administración, y con independencia del divorcio; así es que como causa concurrente puede traerse al juicio de divorcio la mala administración para obtener la completa separación. Freitas, l. c., n° 3, sólo autoriza al cónyuge inocente para revocar las donaciones y ventajas acordadas en el contrato de matrimonio, disposición consignada en el art. 75, ley Matr. Civ. Los efectos del divorcio respecto de los bienes, no se producen sino desde la solicitud de separación, sin efecto retroactivo. Para demandar la separación de bienes, bastará acompañar testimonio de la sentencia firme ante cualquier juez de lo civil.

Faltos de la Crim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 1306.—La disposición del art. 1246, es aplicable no sólo á los que contratan con los esposos, sino también á éstos en los casos de separación judicial de bienes, sin que puedan justificar por otros medios que aquellas condiciones existían aunque no se hiciese constar en la escritura.—Jur. Civ., IX, 390, Sér. 1°.

Cuando la sentencia resuelva la demanda haciendo lugar al divorcio, por causas imputables á ambos cónyuges, cualquier de ellos puede demandar la separación de bienes.—Jur. Civ., VI, 390, Sér. 1°.

Pedido la separación de bienes por el cónyuge inocente, procede después de consentida la sentencia de divorcio.—Jur. Civ., IX, 359, Sér. 1°.

El cónyuge declarado inocente en el juicio de divorcio puede pedir la separación de bienes, con prescindencia de la buena ó mala administración del marido.—Jur. Civ., VIII, 196, Sér. 1°.

El embargo preventivo ó la inhibición de enajenar los bienes matrimoniales, es improcedente mientras no se justifique la mala administración del marido.—Jur. Civ., VI, 470, Sér. 1°.

terceros, serán regidos por las disposiciones de los artículos anteriores, y por las del cap. X, tit. DEL MATRIMONIO, que son las señaladas en la ley de matrimonio civil, arts. 72 á 80.

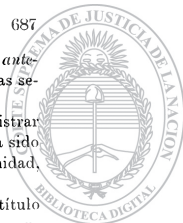
La mujer divorciada recobra su capacidad para administrar y puede establecerse donde crea conveniente; pero si ha sido declarada culpable está obligada á continuar con la comunidad, si el marido no pidiere su cesación.

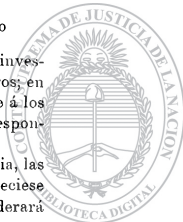
Si después de seguido el procedimiento marcado en el título de las personas ausentes con presunción de fallecimiento, para declarar el fallecimiento presunto del cónyuge ausente, se diera la posesión definitiva á los herederos, la sociedad conyugal habrá terminado, y el sobreviviente tomará los bienes con los demás herederos como si les pertenecieran exclusivamente. Si el ausente apareciese, la sociedad conyugal volvería á comenzar con efecto retroactivo; pero reconociéndose las enajenaciones hechas, y respetándose todos los actos practicados por los herederos.

Cuando se hubiere declarado el día presuntivo del fallecimiento del ausente, para dar la posesión provisoria de los bienes, *y en conformidad á lo dispuesto en los arts. 116 y 117, el Juez hubiere fijado el día presuntivo del fallecimiento del marido ausente, la mujer tiene opción, ó para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido, ó para exigir la división judicial de los bienes (art. 1307); en el*

(**Art. 1307.**) Cuando se ha fijado el día del fallecimiento presuntivo del marido ausente, la mujer puede elegir entre continuar con la sociedad conyugal tomando la administración de los bienes, sin que esté obligada como los demás herederos á dar fianza ó garantía, pues ejerce un derecho propio en la ausencia de su marido, ó hacer cesar la sociedad conyugal pidiendo la división de bienes. Pero no podrá ejercitar ese derecho en los casos del art. 122, pasados 15 años de la desaparición ó de su última noticia y 80 desde su nacimiento; pues entonces la sociedad ha concluido y la sucesión debe abrirse. Si hubiere pedido la separación de bienes, la sociedad se restablecerá (desde que aparezca el ausente),

La esposa no declarada culpable puede exigir la entrega parcial de la dote, y el esposo no puede negarse aun cuando haya cumplido religiosamente el pago de la pensión acordada para alimentos.—Jur. Civ., VII, 122, Sér. 1ª.





primer caso, continuará la sociedad conyugal y ella será investida de la administración excluyendo á los demás herederos; en el segundo, se hará la división provisoria, encargándose á los herederos la administración de los bienes que debiera corresponderles en la división definitiva.

Cuando se hiciere judicialmente la división provisoria, las ganancias continuarán comunicándose en caso que apareciese el ausente; pero si se diere la posesión definitiva, se considerará ésta con efecto retroactivo al día en que se hizo la división provisoria, y no se hará una nueva. Si la división fuera privada, se comunicarían los bienes, y todos los aumentos ó disminuciones serán comunes, como si la sociedad hubiera continuado, no cesando sino á la liquidación definitiva.

Este derecho (el de opción) puede ejercerlo (la mujer) aunque ella no hubiese pedido la declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento de su marido, y aunque ya hubiese optado por la continuación de la sociedad conyugal; pero si hubiese optado por la disolución de la sociedad, no podrá retractar su opción después de aceptada por las partes interesadas (art. 1308); porque la

con efecto retroactivo al día en que tuvo lugar, en los términos del art. 1304. El marido ¿tendrá el derecho de opción? No, porque es el administrador de los bienes, y está en posesión de todo lo que corresponde á la sociedad, y porque mientras no se cumplan las condiciones del art. 122 no se abre definitivamente la sucesión. La declaración de fallecimiento en los términos del art. 117, no tiene otro objeto que la posesión provisoria y la administración que ya tiene el marido y de la que no puede ser privado. ¿Pueden los herederos de la mujer, en este caso, pedir la separación de bienes por mala administración del marido? Hemos respondido que no, en los arts. 1292 y 1293, y tendrán que resignarse á la cesación de la sociedad conyugal y apertura de la sucesión. El Cód. Francés, art. 124, y Freitas, art. 1426, n° 1, hablan de los cónyuges sin hacer distinción. Demolombe, II, n° 271, da la razón de estas diferencias, que pueden tener lugar en derecho francés donde se casan bajo el régimen de la comunidad legal ó convencional, ó el exclusivo de la comunidad, ó el de la separación, y en fin bajo el dotal.

(**Art. 1308.**) La opción ó elección es un verdadero contrato, y sólo por una excepción se ha podido conceder á la mujer, que después de



aceptación forma un verdadero contrato que no se puede disolver por su sola voluntad, mientras la continuación no crea derechos en favor de los demás herederos y puede desistirse sin perjuicio para ellos.

Si la mujer optare por la continuación de la sociedad, administrará todos los bienes del matrimonio; pero no podrá optar por la continuación de la sociedad, si hubiese luego por el tiempo transcurrido, de decretarse la sucesión definitiva del marido (art. 1309); lo que quedará á la apreciación del Juez, quien podrá rechazar la opción para continuar la sociedad.

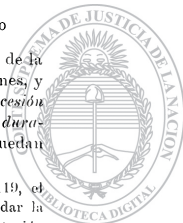
haber optado por la continuación de la sociedad, pueda decidirse por la disolución; pero como en realidad no perjudica á los herederos presuntos del marido, que con la continuación de la sociedad siguen en la expectativa hasta que llegue la apertura de la sucesión, la ley ha permitido á la mujer el pedir la disolución. Hecha la elección y siendo aceptada por los herederos presuntos, quienes entrarían en la posesión provisoria de los bienes, no podría volver alterar ese estado, sin previo consentimiento de los interesados. No creo que sin el acuerdo de ambas partes pueda suspenderse la disolución de la sociedad, por motivos graves que alegare la mujer; la disolución es un derecho tanto de los herederos presuntos del marido como de ésta, y ninguno de ellos puede oponerse bajo pretexto alguno. Elegida la disolución ella debe hacerse. Si la mujer optare por disolver la sociedad y sólo hubiere sido aceptada por unos, sin haber llegado á conocimiento de los otros, no podrá retractarla sin el consentimiento de todos; pero si unos aceptaren la retractación continuará la sociedad para estos.— Véase FREITAS, art. 1426, n° 2.

(**Art. 1309.**) Si la mujer optare por la continuación de la sociedad ¿bajo qué reglas se hará esa administración? El Dr. Segovia dice, se aplicarán los arts. 1285 á 1287 y no está sujeta á las restricciones del art. 119. El Dr. Llerena sostiene que se regirá por el art. 119. y sus efectos serán los de los arts. 1282 á 1284, con las restricciones impuestas en el art. 121. Establezcamos desde luego, que el ausente es un incapaz y puede perfectamente equipararse al caso del art. 1284, pues no encontramos diferencia entre los actos de administración autorizados por el juez por impedimento accidental del marido, como en los casos de curaduría ó del fallecimiento presunto, en que la mujer está facultada para administrar libremente los bienes de la sociedad. Las

Cuando la mujer hubiere optado por la continuación de la sociedad, ella tendrá la administración de todos los bienes, y la comunidad durará *hasta el día en que se decretare la sucesión definitiva, pues la continuación de la sociedad conyugal no durará sino hasta ese día* (**art. 1310**), sin que los interesados puedan

reglas son las mismas. En cuanto á las restricciones del art. 119, el Dr. Llerena admite en el art. 1307 que la mujer no necesita dar la fianza exigida por el 118; luego á este respecto no tiene la limitación del 119 estando conforme en esto. En cuanto á las restricciones del art. 121 varía de especie, porque después de dada la posesión provisoria, no se pueden enajenar los bienes muebles sin autorización judicial, mientras que el art. 1285 sólo exige esa autorización para los inmuebles: y el art. 1284 le confiere las mismas facultades que al marido, cuando es nombrada curadora, y como está ausente ella lo reemplaza: adopto pues, la opinión del Dr. Segovia, y creo aun más, que así como la mujer no da fianza, no está obligada á hacer inventario, ni entra en posesión provisoria de los bienes, sino que continúa la administración de su marido. Freitas, art. 1426, agrega: «que no sólo entrará en posesión de los bienes comunes, sino de aquellos cuya administración ó usufructo se hubiere reservado el cónyuge ausente», y así debe entenderse en nuestro derecho, porque la mujer sustituye á su marido ausente en la administración de sus bienes, y no sería propio que nombrase un curador especial para los que se hubiere reservado; pero el usufructo no se adquiriría por la sociedad conyugal. Si tuviere algunos bienes donados con la condición especial de que la mujer no los administre, se nombrará un curador, y lo mismo sucederá cuando la mujer fuera la declarada presunta fallecida.

(**Art. 1310.**) Cuando la mujer hubiere optado por la continuación de la sociedad conyugal ésta quedará disuelta: 1º, cuando se decretare la sucesión definitiva, por haberse llenado las condiciones del art. 123; 2º, por haberse decretado la sucesión definitiva, probándose la muerte real del ausente; 3º, por el fallecimiento de la mujer. En el primer caso, la sociedad conyugal termina legalmente, á menos que después de decretada la separación y antes de efectuarla, se tuviere noticia cierta del ausente, en cuyo caso no continuará la mujer, con la administración y se dará á la persona que el marido nombrase para reemplazarlo. En el 2º y 3º. cesará legalmente el día del fallecimiento, y la liquidación se hará tomándose esta fecha, desde entonces no se



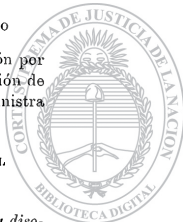


hacerla continuar. La sentencia declarando la sucesión definitiva termina la sociedad.

Si la mujer optare por la disolución de la sociedad conyugal, serán separados sus bienes propios y divididos los comunes, observándose lo dispuesto en el lib. IV sobre la sucesión prorrogatoria (art. 1311), cesando la comunidad legal, de modo que al hacerse la división definitiva, la mujer, como heredera de su marido, sólo tomará la parte que le corresponda en los bienes que llevó aquél al matrimonio.

comunican los frutos de los bienes propios, que corresponderán a cada uno de los cónyuges; la sociedad sólo participará de los frutos de los bienes comunes. Cuando el cónyuge no hubiese solicitado la división de los bienes en el caso n° 1º, se considerará no obstante que la sociedad ha cesado, desde que se cumplieron las condiciones del art. 123.—Comp. FREITAS, art. 1426, n° 5.

(**Art. 1311.**) Cuando la mujer optó por la disolución de la sociedad, una vez aceptada, si todos son mayores de edad y están presentes ó representados, procederán á hacer la partición como lo juzgue conveniente la mayoría de los interesados contados por personas, siempre que no sea contrario á la esencia misma de la partición, art. 3462; si alguno de los interesados estuviera ausente se le citará por edictos por el tiempo que el juez determine y se le nombrará defensor, si no compareciese. Todos pueden dividirse provisoriamente los bienes muebles é inmuebles, art. 121, ó dividir el uso ó goce, dejando subsistir la indivisión en cuanto á la propiedad. La mujer en este caso tiene todas las facultades que le confiere el art. 1302 cuando está separada de bienes, y la que corresponde al curador de los incapaces, art. 119. En lo demás se observará lo dispuesto para el caso de disolución de la sociedad; así es que se separarán los bienes propios de cada cónyuge y se dividirán los gananciales por mitad; pero como la mujer tiene parte en los bienes propios del marido en caso de decretarse la sucesión definitiva, tendrá derecho para pedirla, cumplidas las condiciones del art. 123, ó si se tuviere noticia cierta de la muerte del marido, concurriendo á la apertura de la sucesión, no tomará parte en los gananciales divididos, ni en los aumentos de estos; y si únicamente en los bienes del marido introducidos al matrimonio ó recibidos por donación ó herencia. — Véase FREITAS, art. 1426, n° 6, y GOYENA, art. 1343 á 1346.



Cuando la mujer sucede al marido en la administración por caso de ausencia, no hace sino continuar la representación de éste, y su posesión es la que tenía el marido, y los administra como si fuera curadora de él.

§ 375.—DE LA DISOLUCIÓN POR CAUSA DE NULIDAD DEL
MATRIMONIO

Si el matrimonio se anula, se observará en cuanto á la disolución de la sociedad, lo que está dispuesto en los arts. 230 y siguientes del cap. XII, tit. DEL MATRIMONIO (art. 1312), que es el art. 87 y siguientes de la ley de matrimonio civil. Si el matrimonio se hubiese contraído de buena fe por ambos, producirá los efectos del válido hasta el momento en que se declare la nulidad, considerándose como si se hubiere disuelto por la muerte; porque en cuanto á los cónyuges cesan en sus derechos y obligaciones, menos en la prestación de alimentos; en cuanto á los bienes se dividirán como en caso de muerte de uno de ellos; pero respecto de las ventajas acordadas para después de su fallecimiento, sólo podrán tener lugar ocurrido éste.

Si uno de ellos estuviera de buena fe, la comunidad cesará como en el caso anterior; pero el de mala fe no podrá exigir alimentos, ni tendrá derecho á las ventajas acordadas en el contrato matrimonial. Si ambos lo contrajeron de mala fe, la unión se considerará como concubinato y se dividirán los bienes como en una sociedad de hecho.

§ 376.—DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR LA MUERTE
DE UNO DE LOS CÓNYUGES

La muerte de uno de los cónyuges concluye la sociedad, y por esa razón la ley obliga al sobreviviente si tuviera hijos, á practicar el inventario de todos los bienes dentro de los tres meses siguientes, so pena de perder el usufructo de los bienes

(Art. 1312.) En los arts. 87, 88 y 89, *Ley de Matr. Civ.* I, 417 á 426 hemos explicado extensamente las consecuencias de la disolución por causas de nulidad.



de sus hijos. El inventario y división de los bienes hace cesar de hecho la comunidad. Cuando el sobreviviente no hiciera inventario, la comunidad continuaría de hecho, y el Ministerio de Menores exigiría su cesación, obligando al sobreviviente a practicar la división; por eso dice el (art. 1313), que *disuelta la sociedad por muerte de uno de los cónyuges, se procederá al inventario y división de los bienes como se dispone en libro IV del Código para la división de las herencias*.

La liquidación se hará procediendo al inventario y tasación de los bienes dejados, y aprobado judicialmente se practicará la división tomando el sobreviviente una parte igual á la de cada uno de sus hijos en los bienes propios del fallecido, y dividiendo los gananciales por mitad. En cuanto á los bienes pro-

(Art. 1313.) En estos casos se deben de aplicar las disposiciones de este título en lo que se refiere á la división de la sociedad conyugal, y el de las sucesiones, respecto á la división de la herencia. Así, fallecido uno de los cónyuges, se liquidará la sociedad separando los bienes propios de cada uno y tomando los gananciales por mitad, (se entiende después de haber pagado las deudas), en seguida se procederá á hacer la división como lo prescriben los arts. 3750 y sig., *separando los gananciales que han correspondido al cónyuge fallecido, y sólo tomando parte el sobreviviente en la división de los bienes propios del muerto, como lo establece el art. 3756, que fué corregido*. Así es que el Dr. Llerena incurre en error cuando afirma: «que de esa masa compuesta de la mitad de los gananciales y de los bienes propios del muerto, *se dividirá entre la mujer y sus herederos con arreglo á lo dispuesto en los arts. 3750 y sig.*», cuando el art. 3756 dice: «no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto á título de gananciales del matrimonio»; de modo que si el fallecido no tuviera sino gananciales que se dividen por mitad con el sobreviviente, éste no entrará á la sucesión con los descendientes ó ascendientes, en los gananciales divididos. No habría justicia en hacerlo concurrir bajo diversos caracteres, para tomar los mismos bienes que como socio acaba de dividir.

El inventario debe hacerse con las formalidades prescriptas en las leyes de procedimientos, y si hubiere menores ó incapaces estarán representados legalmente. — Comp. FREITAS, art. 1425. Cód. CHILENO, arts. 1765 y 1766, y nuestros arts. 2697, 2698, 3366.

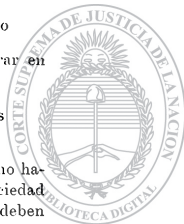
prios continuarán perteneciendo al sobreviviente, sin entrar en la división.

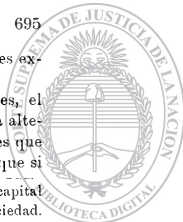
§ 377.—DE LA LIQUIDACIÓN DE DOS Ó MÁS SOCIEDADES
CONYUGALES

Entre nosotros sucede con frecuencia que los padres no hacen inventario ni división de los bienes de la primer sociedad conyugal, contrayendo un segundo matrimonio. ¿Cómo deben liquidarse estas dos sociedades? La ley establece que *cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de dos ó más sociedades conyugales contraídas por una misma persona, se admitirá toda clase de pruebas á falta de inventarios para determinar el interés de cada una; y en caso de duda, los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración, y á los bienes propios de cada uno de los socios (art. 1314).* Son cuestiones de hecho que se decidirán según

(**Art. 1314.**) El que ha vuelto á casarse sin haber arreglado la primer sociedad, deja á su fallecimiento por liquidar la concluida por la muerte de la primer mujer, cuya liquidación debe remontarse á la época del fallecimiento, y la segunda que ha concluido por la muerte del marido; en esos casos se admitirá la prueba testimonial para determinar lo que á cada sociedad pertenecía; cuando esta prueba fallare, se atenderá al tiempo de la duración de cada una y al capital de los socios. Son cuestiones de hecho que no obstante pueden comprenderse dentro de las reglas invariables. Así, p. e., se tomará en cuenta que el padre, por no haber hecho la división con sus hijos dentro de los tres meses siguientes, ha perdido el usufructo de lo que les correspondía por muerte de la madre; si no tuviere hijos y los padres debieran heredar con el marido, habiendo continuado éste con los bienes, debe restituirlos con los frutos que produjeron; si la mujer tenía bienes cuya administración se reservó, deberán ser devueltos.

Separados los bienes propios de la primer mujer se dividirán de ellos, los hijos del primer matrimonio, entre los que entra el marido por su derecho hereditario; lo que quedare hasta enterar el capital introducido al segundo matrimonio, se consideran gananciales que deben dividirse por mitad; todo lo que correspondía á la madre pertenece á sus hijos; pero viene el segundo matrimonio, y se tomarán desde ese momento los gananciales que correspondieron al marido, así





los casos, observando no obstante los principios generales expuestos en este título.

En la liquidación de las diversas sociedades conyugales, el capital que los socios han llevado al matrimonio, en nada alterará los gananciales, que se formarán de todos los bienes que quedaren una vez sacado el capital de cada uno; así es que si como los bienes llevados al matrimonio y que existan, como capital propio de él, que entran á formar el capital de la segunda sociedad. Cuando en la primer sociedad hubiere solo gananciales, y en la segunda la mujer no hubiere introducido capital propio, la liquidación se hará teniendo en cuenta el tiempo de la duración de ambas sociedades; así, p. e., si el capital es de cien y la primera duró 20 años y la segunda 5, se harán 25 partes, perteneciendo 80 á la primera y 20 á la segunda; de los 80 corresponden 40 al marido como gananciales de la primera sociedad, pero los 40 de gananciales de la madre pertenecerán á los hijos del primer lecho, entrando como capital del marido los 40 restantes, que formarán el capital de la segunda sociedad; de los 20 que quedaron como gananciales del segundo matrimonio, la mujer tomará 10 y entrará por partes iguales con los hijos de ambos lechos á heredar en los 40 introducidos por el marido, los 10 restantes que correspondían á éste en el segundo matrimonio se dividirán entre los hijos de ambos lechos. Pero estas dificultades aumentarán cuando ambos ó uno de ellos hubieran llevado bienes al matrimonio; en ese caso se atenderá no sólo á su duración si no á los bienes propios y lo que han producido. Son cuestiones de hecho difíciles de decidir, sobre todo cuando faltan pruebas. Con frecuencia ocurre que habiendo entregado á los hijos del primer lecho lo que les correspondió, el viudo se casa sin hacer inventario, y viene la dificultad á su fallecimiento para determinar los gananciales de la segunda sociedad. ¿Se debe admitir cualquier género de prueba para demostrar los bienes que llevó al matrimonio el marido ó la mujer, como en el caso del artículo? Creo que no; debe constar, ó de la convención matrimonial ó de los títulos; de otro modo se considerarán gananciales del segundo matrimonio. Pero sucede generalmente que esos bienes se venden, y se compran otros durante el matrimonio; en ese caso los herederos del cónyuge que los aportó deben demostrar que con ese dinero se compraron esos bienes, y si fueren para la mujer, la adquisición debe ser á su nombre, con su consentimiento y demás condiciones del art. 1246.—Comp. GOYENA, art. 1533, de donde ha sido tomado nuestro artículo, y que admite la prueba testimonial para fijar el *fondo* de cada una de las sociedades.



uno de ellos ha llevado un fuerte capital que haya contribuido á formar los gananciales, éstos no por eso dejarán de dividirse; por eso dice la ley: *los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, ó sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado á la sociedad bienes algunos (art. 1315).*

Si ha habido bigamia, y en el segundo matrimonio aparente la mujer ha sido (tenido) de buena fe, la esposa legítima tiene derecho á la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución del matrimonio. La segunda mujer podrá repetir contra la parte de gananciales del bigamo y contra los bienes introducidos por él durante el matrimonio legítimo, los gananciales que le hubiesen correspondido durante su comunidad con él, si el matrimonio hubiese sido legítimo (art. 1316).

(Art. 1315.) Como en el matrimonio los bienes que cada uno lleva forman el capital social para atender á las cargas, es de ninguna importancia para la división, el valor de esos bienes, desde que pertenecen al que los aportó; sólo se atiende á los frutos que se comunican y se consideran como gananciales. La división debe hacerse entre el cónyuge supérstite y los herederos del muerto, por mitad, una vez separados los bienes que cada uno haya llevado al matrimonio. Para hacerse la liquidación de los gananciales debe tenerse en cuenta que los frutos pendientes pertenecen á la sociedad. Se habrá notado la diferencia fundamental que existe entre la sociedad conyugal y las demás, pues reputándose capital social lo introducido al matrimonio, los gananciales son comunes, lo que es justo, pues los frutos que producen las cosas son para la subsistencia de la familia.

(Art. 1316.) Sobre esta cuestión se han proyectado tres sistemas para liquidar la sociedad conyugal en caso de bigamia. Uno propuesto por Coin Delisle, Demolombe y Aubry y Rau y aceptado por nuestro Código, otro por Marcadé, haciendo que la segunda mujer tome la mitad de los gananciales que existan en el momento de la anulación, y el tercero propuesto por Toullier, Vazeille y Duranton que hacen la liquidación como si fueran dos sociedades completamente extrañas, y cuya duración se debería determinar por la cohabitación con cada una

CAPÍTULO VIII

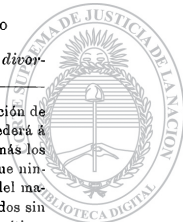
DE LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES DOTALES

§ 378.—CÓMO DEBE HACERSE LA RESTITUCIÓN

Tendrá lugar la restitución de los bienes dotales en los mismos casos en que cesa la comunidad de los adquiridos durante el ma-

de las mujeres. Nuestro Código ha adoptado la primera, porque la mujer del primer matrimonio no ha podido ser privada de los bienes adquiridos por su marido, desde que la primer sociedad no ha terminado; luego debe considerarse como si no hubiera sido casado, porque legalmente no lo ha estado, y prescindiendo de la segunda sociedad, dividir los gananciales obtenidos durante el matrimonio; pero la segunda mujer de buena fe, ha sido esposa legítima y sus hijos se reputan tales; ha sido engañada; pero como no puede recaer este engaño en perjuicio de la primera, privándola de lo que legítimamente le pertenece, se considerará respecto de su marido con los derechos de esposa legítima, para los gananciales, mas no podrá sucederlo, y se hará la liquidación como lo propone Marcadé, tomando la mitad de los gananciales que existían en el momento de la disolución, sin perjudicar á la mujer legítima; cuando no alcanzare para cubrirlos con los que quedaron al hacerse la primera liquidación, los tomará de los bienes propios del marido. Así, p. e., si representamos por cien los gananciales que existían en el momento de la disolución, 50 corresponden á la mujer legítima, como si el marido no hubiese sido casado segunda vez, y como su capital era de 50 cuando contrajo el segundo, habiéndolo aumentado hasta 100 que tenía en el momento de su disolución. la primera tomará 50 y la segunda 25, mitad de los 50 adquiridos durante la sociedad. Pero la dificultad se complica enormemente, si el marido dejara hijos legítimos de ambos matrimonios y no constare el capital que llevó al segundo; porque los hijos de ambos son legítimos y entran á heredarlo por partes iguales, y si aplicáramos la regla en toda su estrictez, la segunda mujer nada obtendría. En efecto, si consideramos que no ha existido matrimonio para la primera liquidación, en el ejemplo propuesto, resultaría que los 50 que quedaron para la segunda liquidación serían absorbidos por los hijos que los heredarían y quedaría privada de sus derechos la segunda





rimonio, y en el caso de separación judicial de bienes, sin divor-

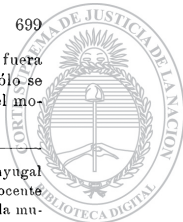
mujer de buena fe. En esos casos á fin de no dejar sin participación de esos gananciales que legítimamente le corresponden, se procederá á dividir los 25 que han quedado de la última liquidación con más los bienes propios del marido para los hijos de ambos lechos sin que ninguna de las mujeres tenga parte alguna en los bienes propios del marido, porque no pueden heredarlo; la primera por estar separados sin voluntad de unirse, la segunda, porque no se considera mujer legítima sino respecto de los hijos y para tomar los gananciales obtenidos durante la sociedad.—Comp. DEMOLOMBE, III, n° 377. AUBRY y RAU, § 460, nota 24. COIN DELISLE, *Revista Crítica de Legislación*, 216, para el sistema adoptado, y á MARCADIÉ, al art. 202, n° 4, y TOULLIER, I, n° 608. VAZEILLE, I, 285, y DURANTON, III, n° 373, y la INSTITUTA, nota 195.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1316.—El caso del artículo, muy común hoy en América y en Europa, ha dividido á los juriconsultos.—Toullier, I, n° 605.—Duranton, II, n° 378, y Vazeille, I, 285, juzgan que el partido más racional es considerar la adquisición hecha durante la cohabitación con cada mujer, como el resultado de una sociedad tal, que hubiese podido existir entre personas extrañas, y dividir las ganancias, no según las reglas de la sociedad conyugal, sino según las reglas generales del contrato de sociedad.

La comunidad de la primera mujer abraza toda la duración del matrimonio, y continúa hasta la muerte del marido, no obstante la unión indebidamente contraída por él; por consiguiente, todos los bienes adquiridos después del segundo matrimonio, son para ella como los adquiridos antes: su derecho no puede disminuirse, ni por el crimen del marido, ni por error de la segunda mujer.

Es verdad que el matrimonio putativo produce los efectos civiles respecto al esposo de buena fe, pero no á costa de los efectos de un matrimonio legítimo. La segunda mujer tendrá sus gananciales, pero salvados que sean los de la primera y legítima esposa.

Tratar la bigamia, cuando ha habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, como una sociedad particular que el marido hubiese contraído como administrador de los bienes del matrimonio legítimo, es una idea contraria á todo derecho. El marido tiene facultad para contratar una sociedad con terceros; él entonces hace un contrato lícito, y los terceros con los que contrata, saben que forman una sociedad cuyas cláusulas y condiciones conocen. Pero en el caso del artículo, no hay esta sociedad especial con la segunda mujer, y el bigamo sabe que comete un crimen, que forma una sociedad ilícita, cuya causa es contraria á las leyes y á las buenas costumbres. Coin Delisle ha tratado extensamente la materia en una disertación que se encuentra en la *Revista Crítica de Legislación*, V, 216.—Lo mismo Marcadié, sobre el artículo del Cód. Francés, 202, n° 4.—Demolombe, III, n° 377.—Aubry y Rau, § 460. Estos autores enseñan lo que dispone el artículo.



rio (**art. 1317**), y cualquier entrega que el marido hiciera fuera de estos casos, no lo libentaría de volverla á hacer, y sólo se tomarían en cuenta las cosas que la mujer poseyera en el momento de la restitución.

(**Art. 1317.**) La comunidad de bienes ó la sociedad conyugal cesa: 1º, por la separación de bienes pedida por el cónyuge inocente en caso de divorcio; 2º, por la separación de bienes pedida por la mujer en caso de mala administración del marido; 3º, por disolución del matrimonio en caso de muerte de uno de los cónyuges; 4º, por la posesión definitiva en caso de fallecimiento presunto; 5º, por la nulidad del m trimonio declarada por sentencia firme. En los casos de división de bienes, art. 1290, porque la mujer no quisiera someterse á la administración del curador que se le hubiere nombrado al marido incapaz, la sociedad no termina, hay simple división de administración. Cuando la mujer hubiere optado por la disolución de la sociedad en el caso del art. 1307, si el presunto fallecido apareciera, la sociedad continuará como si nada hubiera ocurrido. Sólo en los casos 3º y 5º la sociedad queda disuelta irrevocablemente, en los demás, se puede decir que es provisoria, ó depende de condiciones que, realizadas, la dejan sin efecto, como si apareciese el ausente ó si por voluntad de ambos se volvieran á unir en caso de divorcio, ó hicieran cesar la separación de bienes.

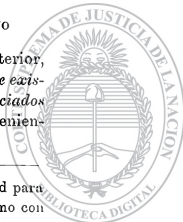
Como la dote está formada por todos los bienes que la mujer lleva al matrimonio y los que adquiere por donación, herencia ó legado, no estando comprendido los gananciales; sin embargo deben considerarse incluidos cuando los hubiere, porque se trata de la cesación de la sociedad conyugal, comprendiéndose las ventajas que el marido hubiere acordado á su mujer para después de su fallecimiento, cuando la sociedad se disuelve por la muerte de éste; pero debe tenerse presente los casos de los arts. 75, 87, 88 y 89 ley de Matr. Civ., respecto del cónyuge inocente que puede revocar las ventajas acordadas. Los bienes totales deben restituirse á la mujer ó á sus herederos en caso ésta hubiere fallecido; si sólo tuviera el usufructo se consolidará con la nuda propiedad por la muerte del usufructuario. Cuando la mujer ha introducido al matrimonio bienes muebles, piedras preciosas, cuadros de valor, etc., sin señalar precio, y que el marido ha vendido usando de la facultad del art. 1257, la restitución se hará teniendo en cuenta el valor de la enajenación, aunque valieran más ó menos.—Comp. FREITAS, art. 1352, nº 19. MOURLOX, III, nº 318, y sig.

El marido ó sus herederos en los casos del artículo anterior, están obligados á *restituir á la mujer los bienes de ella que existan, en el estado en que se hallen, hayan sido ó no apreciados (art. 1318)*, siendo responsable por los deterioros provenientes por su culpa.

(**Art. 1318.**) Respecto de los inmuebles no habrá dificultad para la restitución, porque no pueden confundirse; no sucede lo mismo con los muebles en que será necesario demostrar su identidad, y entonces se atenderá á los principios generales de prueba: el que afirma debe demostrar su dicho; así cuando la mujer dice, he introducido tales muebles al matrimonio y á ellos se refiere la convención nupcial, si la otra parte se opusiera debe demostrarlo; por el contrario si fuera el marido y la mujer negare, aquél debe probarlo.

La devolución en el *estado en que se encuentren*, es sin perjuicio de las responsabilidades del marido como administrador, pues debe pagar los deterioros causados por su culpa; así, deberá demostrar que fueron ocasionados por el uso á que las cosas se destinaban ó por la mala calidad de ellas, ó por caso fortuito ó fuerza mayor. Cuando se trata de cosas muebles de uso diario, no será responsable si desaparecieron por el uso.

Si el marido al vender las cosas muebles de la mujer, como tiene derecho á hacerlo, hubiere disipado su precio, sólo está obligado á restituir lo recibido, aunque probare que las enajenó por menos de su valor real. Cuando esos bienes han sido estimados de antemano, sólo deberá la estimación, y si no lo fueron pagará el precio obtenido, porque la ley supone que ese es el precio real, á menos de demostrarse fraude; vale más fijar el precio de la enajenación que lanzarlos en un pleito para averiguar lo que realmente valía la cosa. Cuando el marido enajenare bienes raíces de la mujer sin su autorización, ésta podrá reivindicarlos de los actuales poseedores; lo mismo los muebles enajenados por el marido contra la voluntad expresa de la mujer, en el caso del art. 1257. La mujer debe probar la propiedad de dichos bienes, por el contrato matrimonial, ó por escritura pública otorgada antes de celebrarlo, ó por una causa anterior á la celebración; en cuanto á los adquiridos durante el matrimonio por donación, herencia ó legado, debe exhibir los títulos, así como que fueron adquiridos para ella y con su dinero. La confesión del marido de haberlos recibido obligará á él y á sus herederos si no disminuye su legítima forzosa, como lo dijimos en el art. 75, Ley Matr. Civ. y art. 1228, pero á los terceros sólo cuando la adquisición se ha hecho



Cuando la dote ofrecida se debiera aún, el tercero que la prometió debe entregarla, sin que tenga responsabilidad el marido.

Si la dote comprende créditos ó derechos que se han perdido sin culpa del marido, éste cumplirá su obligación entregando los títulos ó los documentos respectivos (art. 1319); pero responderá en caso de culpa ó negligencia.

constar en documento auténtico. Cuando el marido ó la sociedad hubieren aprovechado de los deterioros ocasionados en los bienes de la mujer, los abonarán respectivamente.

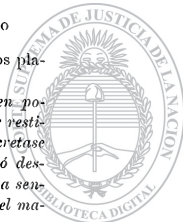
En cuanto á las ropas de uso, el Código Francés autoriza á la mujer para llevarlas; y aunque nuestro Código no preve el caso, se pueden acordar.—Comp. FREITAS, art. 1352, n° 19. AUBRY y RAU, § 540, n° 3.

Los perjuicios que el marido hubiere causado en los bienes de la mujer, ¿se abonarán con sus dineros ó con los de la sociedad? En estos casos el marido debe considerarse un tercero extraño, como un mandatario que causa perjuicio á su mandante y debe abonarlos de los bienes de la sociedad, porque á ella corresponden las ganancias ó pérdidas obtenidas. Respecto del derecho de retención por las mejoras hechas por el marido en los bienes de la mujer, Aubry y Rau dicen, § 540, n° 3, «el marido que hace impensas necesarias está autorizado á compensarlas con las sumas dotedales que tenga que reembolsar, y si no ha tenido compensación, tiene derecho de rehusar la restitución del inmueble sobre el cual se hicieron las impensas; en cuanto á las útiles, el pago no puede ser perseguido sobre los bienes dotedales, y por consiguiente el marido no goza por ellos el derecho de compensación y retención»; esta última parte no está de acuerdo con lo ordenado por nuestro Código, que si bien no concede el derecho de retención concede la compensación en aquello que hayan tomado mayor valor las cosas.—Art. 1272, n° 6 y su nota.

(Art. 1319.) El Código ha suprimido la clasificación de las culpas dejándolas á la apreciación de los magistrados en cada caso, y me refiero á lo dicho en el art. 512. Si los créditos se han prescrito ó los derechos se han perdido por culpa del marido, los perjuicios causados debe abonarlos con los gananciales del matrimonio y no con su capital propio.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1318.—Véase L. 15, Tít. 11, P.º art. 1º.





La restitución de los bienes dotales debe hacerse en los plazos siguientes:

1° *Los inmuebles ó los muebles no fungibles existentes en posesión (poder) del marido, ó en su testamentaria, deben ser restituidos á la mujer dentro de treinta dias después que se decretase el divorcio ó la separación judicial de bienes sin divorcio, ó después del dia de la disolución del matrimonio ó del dia de la sentencia pasada en cosa juzgada que hubiese declarado nulo el matrimonio (art. 1320).*

Mourlon (III, 419), propone y resuelve la cuestión siguiente: «si la mujer ha constituido en dote un derecho de usufructo que tiene sobre los bienes de un tercero, ¿qué es lo que el marido le devolverá? ¿Es el usufructo mismo, es decir, el derecho de percibir los frutos para consumirlos y disponer á su voluntad, ó es sólo el derecho de gozar de los frutos percibidos y capitalizados á cada percepción? La ley, considerando que los frutos no son de ordinario capitalizados, sino empleados en las necesidades ordinarias, presume que la mujer ha conferido á su marido el derecho de emplearlos en las necesidades de la casa... por consiguiente es el usufructo mismo que debe ser restituido. La restitución se hace por la entrega del título que sirve para probar la existencia». — Véase la nota al art. 1270.

Las responsabilidades del marido como administrador de los bienes de la mujer, se rige por las reglas del mandato, y no como algunos han creído que se aplicaba el art. 1109 de los actos ilícitos; porque el marido es un mandatario legal con facultades especiales y propias. La entrega de los documentos debe hacerse inmediatamente de haber cesado la sociedad, á menos de circunstancias especiales. Si por el contrato social el marido ha venido á ser cesionario de los créditos de la mujer, sólo debe devolver el precio de la cesión. Si los créditos no se cobraron por culpa del marido y el deudor cae en insolvencia, pagará su valor.— Comp. Cód. Francés, art. 1567. LAURENT, XXIII, n° 569.

(**Art. 1320.**) Los 30 días no deben correr desde la sentencia de divorcio como dice el artículo, porque este no hace cesar la comunidad de bienes sino cuando la separación se ha pedido por el cónyuge inocente, pues el culpable no puede demandarla. Es necesario no confundir la *disolución* del matrimonio con la nulidad, como lo hacen algunos: porque el matrimonio sólo se disuelve por la muerte; la nuli-

2° *El dinero y los bienes fungibles de la dote ó el valor de los bienes que no existiesen en posesión del marido ó en su testamentaria, deberán ser restituidos en el plazo de seis meses, contados del mismo modo (art. 1321).*

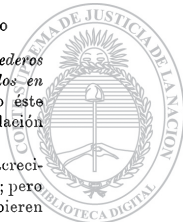
dad, lo que declara es que el matrimonio no ha existido. Para que el término corra contra el marido, es necesario que los bienes de la mujer estuvieren en su posesión ó en la de su testamentaria, porque no podría entregar lo que no tiene; así, cuando hubiese sido despojado de alguno de ellos y por negligencia no hubiere entablado la acción de despojo dejando vencer el término, no deberá perjuicio alguno, porque la mujer tiene la acción reivindicatoria, que podrá ejercer inmediatamente sin esperar término alguno; si los documentos estuvieren presentados al tribunal tampoco tendrá obligación de entregarlos y la mujer se presentará á seguir la acción deducida. Los gastos hechos para reclamar las cosas de la mujer se computarán como gananciales, si no demostrase que el marido los hizo de su peculio.

El artículo habla de los inmuebles y muebles no fungibles, pues respecto de los otros el marido es deudor de género y restituirá el valor de la venta; p. e., si la mujer introdujo como capital mil pipas de vino y cien mil kilogramos de trigo, el marido restituirá ese valor á los seis meses desde la cesación de la sociedad. Cuando la muerte del cónyuge ha ocurrido en parajes lejanos, el término para la restitución correrá desde que el marido tuvo conocimiento del hecho; pero la sociedad conyugal se considera terminada desde el día de la muerte, circunstancia que debe tenerse en cuenta para la liquidación final.—Comp. FREITAS, art. 1352, n° 20.

Goyena, art. 1307, propone «que la restitución que deba hacerse en dinero, si este no existe, se haga en el término de un año, con abono durante él de los intereses legales»; lo que nos parece acertado para no poner en conflictos al marido, y sobre todo para evitar ejecuciones por parte de los herederos de la mujer, á lo que nosotros propondríamos este agregado: «garantiendo el crédito con fianza ó hipotecas.» El Código ha reducido el plazo á la mitad sin acordar intereses, perjudicando á la mujer ó á sus herederos, y poniéndolos en grave peligro cuando se trate de un marido disipador, de quien se ha pedido la separación de bienes por la mala administración.

(**Art. 1321.**) Este artículo con el anterior forman el mismo n° 20 de Freitas y comprende el dinero introducido como capital de la mu-





3º *Vencidos los plazos designados, el marido ó sus herederos que no restituyesen los bienes dotales, quedarán constituidos en mora para todos los efectos legales (art. 1322), siendo este uno de los casos en que no hay necesidad de interpelación judicial.*

Los inmuebles deberán restituirse con todos los acrecimientos ó mejoras recibidas por el hecho de la naturaleza; pero las hechas por el marido durante el matrimonio y que hubieren dado mayor valor á la cosa, son gananciales.

En cuanto á los muebles, el marido los entregará en el estado en que se encuentren sin responder por su pérdida ó deterioro ocurrido sin su culpa.

jer, y los bienes fungibles que se hubieran consumido, porque si uno y otro existiesen deberán entregarlos inmediatamente, pues no goza respecto de ellos de los 30 días acordados. No habría razón para demorar su entrega, pues, las cosas fungibles correrían el peligro de perderse ó deteriorarse; en cuanto al valor de los muebles que el marido tiene el derecho de enajenar, así como el de los inmuebles vendidos con consentimiento de la mujer y cuyo precio hubiera empleado, tiene también el plazo de seis meses para la devolución. Hacemos notar que ni en este artículo ni en el anterior se habla de la entrega de los gananciales, porque están sugetos á una liquidación judicial cuyo término no se puede prever. ¿Quién puede determinar el plazo en que podría hacerse?—Véase arts. 1254 y 1256 con sus notas.

(**Art. 1322.**) Los efectos legales de la mora los determinamos en los arts. 509, 512 y 513, y el marido será responsable aun del caso fortuito, á menos de probarse que las cosas hubieren perecido ó deteriorado aun estando en poder de la mujer. Cuando la mora ha ocurrido por caso fortuito ó fuerza mayor, el marido no será responsable; pero la restitución de las cosas deberá hacerse con sus frutos naturales ó civiles. Este es uno de los casos que debían agregarse al art. 509, cuando no es necesaria la interpelación. Los frutos pendientes á la conclusión de la sociedad pertenecen á ésta, y desde ese momento corresponden á cada uno de los cónyuges los que producen los bienes propios.—Véase FREITAS, art. 1352, n° 20.

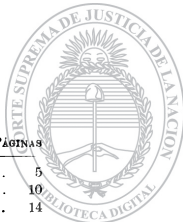
Desde que la restitución no se hubiere hecho dentro de los plazos acordados, el marido ó sus herederos deberán los frutos naturales ó civiles de los bienes dotales.

FIN DEL TOMO TERCERO





ÍNDICE



Título XVIII **De la compensación**

§. §.	PÁGINAS
251—Caracteres generales de la compensación.....	5
252—Condiciones de la compensación.....	10
253—Casos en que no tiene lugar la compensación.....	14

Título XIX

De las transacciones

254—Nociones generales.....	26
255—Condiciones esenciales para la validez de las transacciones, modo de interpretarlas.....	29
256—De la forma de las transacciones.....	35

CAPÍTULO PRIMERO

257—De los que pueden transigir.....	39
--------------------------------------	----

CAPÍTULO II

DEL OBJETO DE LAS TRANSACCIONES

258—De las cosas ó derechos sobre que se puede transar.....	45
259—De las cosas ó derechos sobre los que no se puede transar....	49

CAPÍTULO III

260—Del efecto de las transacciones.....	56
261—De la evicción en las transacciones.....	63

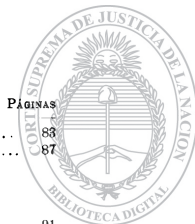
CAPÍTULO IV

262—Nulidad de las transacciones.....	67
---------------------------------------	----

Título XX

De la confusión

263—Diversas significaciones de la palabra confusión.....	76
264—Caracteres de la confusión.....	77
265—Efectos de la confusión.....	78



Titulo XXI

De la renuncia de los derechos del acreedor

<u>§. §.</u>	<u>PÁGINAS</u>
266—De la renuncia en general. Capacidad para hacerla.....	83
267—De la forma de la renuncia.....	87

Titulo XXII

De la remisión de la deuda

268—Modos de hacer la remisión.....	91
269—Efectos de la remisión.....	97

Titulo XXIII

De la imposibilidad del pago

270—De lo que se entiende por imposibilidad del pago.....	106
271—De los daños y perjuicios.....	108
272—De la entrega de cosas iniertas.....	110

SECCIÓN SEGUNDA

De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia ó extinción de los derechos y obligaciones

Titulo I

De los hechos

273—De lo que se entiende por hechos.....	112
274—De la consecuencia de los hechos.....	118
275—Cuándo las personas pueden ser restringidas por otras en su libertad.....	122
276—Modos de expresar la voluntad.....	124
277—De los hechos involuntarios.....	131

CAPÍTULO PRIMERO

278—De los hechos producidos por ignorancia ó error.....	137
--	-----

CAPÍTULO II

279—De los hechos producidos por dolo.....	150
--	-----

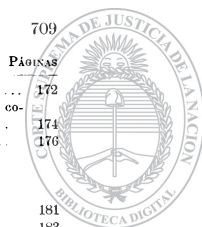
CAPÍTULO III

280—De los hechos producidos por fuerza ó temor.....	156
--	-----

Titulo II

De los actos jurídicos

281—Noción general de los actos jurídicos.....	164
282—De la capacidad ó incapacidad en los agentes.....	169



§. §.	PÁGINAS
283—De las formas de los actos jurídicos.....	172
284—De la existencia de los actos jurídicos y tiempo en que comienzan.....	174
285—Del objeto de los actos jurídicos.....	176

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA SIMULACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

286—De la simulación en general.....	181
287—De la simulación absoluta y relativa.....	183

CAPÍTULO II

DEL FRAUDE EN LOS ACTOS JURÍDICOS

288—Condiciones para el ejercicio de la acción pauliana.....	188
289—De los terceros adquirentes de los bienes del deudor.....	198

CAPÍTULO III

290—De las formas de los actos jurídicos ...	208
--	-----

Título III

De los instrumentos públicos

291—¿Qué se entiende por instrumento público?... ..	215
292—Condiciones para la validez del instrumento público.....	221
293—De la forma de los instrumentos públicos.....	229
294—De los testigos en los instrumentos públicos.....	235
295—Fuerza probatoria de los instrumentos públicos.....	240

Título IV

De las escrituras públicas

196—Forma de las escrituras públicas.....	250
297—Condiciones esenciales para la validez de la escritura pública..	259
298—De las copias de las escrituras públicas.....	263

Título V

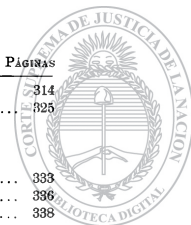
De los instrumentos privados

299—Forma de los instrumentos privados.....	269
300—Del número de originales.....	277
301—Fuerza probatoria de los instrumentos privados.....	285
302—De la fecha cierta de los instrumentos privados.....	286

Título VI

De la nulidad de los actos jurídicos

303—De los actos nulos....	302
304—De los actos anulables ..	312



<u>§. §.</u>	<u>PÁGINAS</u>
305—De la acción de nulidad.....	314
306—De los efectos de la acción de nulidad.....	325
Título VII	
De la confirmación de los actos nulos ó anulables	
307—De la confirmación en general.....	333
308—De la época en que puede hacerse la confirmación.....	336
309—Condiciones y forma de la confirmación.....	338
310—De los efectos de la confirmación.....	342
Título VIII	
De los actos ilícitos	
311—De lo que se entiende por actos ilícitos.....	345
312—De los daños.....	348
CAPÍTULO PRIMERO	
DE LOS DELITOS	
313—De los delitos del derecho civil y de los elementos que los constituyen.....	353
314—De la obligación de reparar el daño.....	358
CAPÍTULO II	
DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS	
315—Del delito de homicidio y de heridas.....	366
316—De los delitos contra la libertad, estupro y rapto.....	370
317—De los delitos de injuria y calunnia.....	372
CAPÍTULO III	
DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	
318—De los delitos de hurto y usurpación.....	375
319—De los delitos de usurpación y destrucción de la cosa.....	376
CAPÍTULO IV	
DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES PARA LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS DELITOS	
320—De la acción civil y su renuncia.....	380
Título IX	
De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos	
321—De los cuasi delitos.....	396
322—De los casos de responsabilidad.....	403
CAPÍTULO PRIMERO	
323—De los daños causados por los animales.....	418



CAPÍTULO II

§. §.

PÁGINAS

324—De los daños causados por cosas inanimadas.....	424
---	-----

SECCIÓN TERCERA

De las obligaciones que nacen de los contratos

Título I

De los contratos en general

325—Nociones generales.....	430
326—División de los contratos.....	432

CAPÍTULO PRIMERO

DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS

327—Modos de manifestar el consentimiento.....	439
328—De las ofertas, su aceptación y retractación.....	445
329—De los vicios del consentimiento.....	456

CAPÍTULO II

DE LOS QUE PUEDEN CONTRATAR

330—De los incapaces para contratar.....	458
331—De los contratos á nombre de otros.....	461
332—Del derecho de alegar las nulidades.....	466

CAPÍTULO III

DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS

333—Cosas que pueden ser objeto de los contratos.....	473
334—Cosas que no pueden ser el objeto de los contratos.....	481
335—Del delito de estelionato.....	487

CAPÍTULO IV

DE LAS FORMAS DE LOS CONTRATOS

336—De la forma en general.....	489
337—De los contratos que deben extenderse en escritura pública....	499

CAPÍTULO V

DE LA PRUEBA DE LOS CONTRATOS

338—De la prueba testimonial.....	506
-----------------------------------	-----

CAPÍTULO VI

DEL EFECTO DE LOS CONTRATOS

339—A quiénes obligan los contratos.....	522
340—De lo que comprenden los contratos.....	529
341—Cómo se disuelven los contratos.....	531

342—Del pacto comisorio.....	537
343—Del lugar donde debe cumplirse el contrato. Leyes que rigen los contratos celebrados fuera de la República.....	543
344—Del lugar donde deben cumplirse los contratos.....	552

Título II

De la sociedad conyugal

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

345—Generalidades.....	559
346—Objeto de la convención matrimonial.....	563
347—De las personas que intervienen en las convenciones.....	568
348—De las formas de las convenciones.....	573
349—Convenciones sobre la administración de los bienes.....	577
350—De los bienes llevados al matrimonio. Su prueba.....	579

CAPÍTULO II

DE LAS DONACIONES A LA MUJER

351—De las donaciones antes del matrimonio y las que tienen efecto al fallecimiento.....	583
352—De la revocación de las donaciones por causa de matrimonio..	590
353—De la ejecución de las donaciones por causa de matrimonio...	594
354—De la forma de la donación hecha por terceros.....	596

CAPÍTULO III

DEL DOTE DE LA MUJER

355—Bienes que forman la dote.....	598
356—Del dote de la mujer. Derechos y obligaciones del marido. ...	606
357—De la dote ofrecida á la mujer.....	616

CAPÍTULO IV

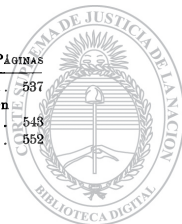
PRINCIPIO DE LA SOCIEDAD, CAPITAL DE LOS CÓNYUGES Y HABER DE LA SOCIEDAD

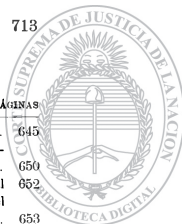
358—Principio de la sociedad.....	619
359—Capital de los cónyuges.....	621
360—Bienes particulares de los cónyuges.....	625
361—De los bienes gananciales de la sociedad. Haber social.....	632

CAPÍTULO V

DE LAS CARGAS DE LA SOCIEDAD

362—Qué se entiende por cargas.....	640
-------------------------------------	-----





CAPÍTULO VI

DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

§. §.	PÁGINAS
363—Facultades del marido. Derechos de la esposa	645
364—De las obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio.....	650
365—Del ejercicio de los derechos y acciones de la sociedad conyugal	652
366—De las obligaciones contraídas por la mujer sin autorización del marido ó con la del juez	653
367—De las obligaciones contraídas por la mujer con autorización..	654
368—De las obligaciones contraídas por la mujer como mandataria del marido.....	656
369—De la mujer autorizada por el juez.....	656

CAPÍTULO VII

DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

370—De la separación de bienes.....	664
371—Efectos de la separación de bienes.....	676
372—Capacidad de la mujer separada de bienes.....	678
373—Del restablecimiento de la comunidad.....	682
374—De la separación en caso de divorcio ó muerte presunta.....	685
375—De la disolución por causa de nulidad del matrimonio.....	692
376—De la disolución de la sociedad por la muerte de uno de los cónyuges.....	692
377—De la liquidación de dos ó más sociedades.....	694

CAPÍTULO VIII

DE LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES DOTALES

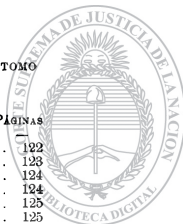
378—Cómo debe hacerse la restitución.....	697
---	-----

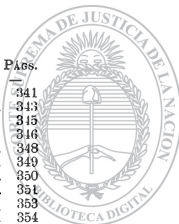


ÍNDICE

DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL EXPLICADOS EN ESTE TOMO

ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS
818.....	5	864.....	79	910.....	122
819.....	7	865.....	79	911.....	123
820.....	10	866.....	77	912.....	124
821.....	13	867.....	81	913.....	124
822.....	12	868.....	83	914.....	125
823.....	14	869.....	84	915.....	125
824.....	16	870.....	85	916.....	126
825.....	18	871.....	85	917.....	126
826.....	19	872.....	86	918.....	127
827.....	20	873.....	87	919.....	128
828.....	21	874.....	88	920.....	130
829.....	22	875.....	90	921.....	131
830.....	23	876.....	91	922.....	134
831.....	25	877.....	92	923.....	138
832.....	26	878.....	94	924.....	140
833.....	28	879.....	95	925.....	141
834.....	30	880.....	97	926.....	143
835.....	30	881.....	98	927.....	145
836.....	32	882.....	100	928.....	147
837.....	35	883.....	100	929.....	148
838.....	37	884.....	103	930.....	149
839.....	41	885.....	96	931.....	150
840.....	39	886.....	104	932.....	151
841.....	42	887.....	105	933.....	153
842.....	47	888.....	106	934.....	153
843.....	50	889.....	108	935.....	154
844.....	52	890.....	109	936.....	156
845.....	53	891.....	107	937.....	157
846.....	48	892.....	109	938.....	158
847.....	55	893.....	110	939.....	160
848.....	54	894.....	110	940.....	160
849.....	46	895.....	111	941.....	161
850.....	57	896.....	113	942.....	163
851.....	58	897.....	116	943.....	163
852.....	60	898.....	116	944.....	165
853.....	61	899.....	117	945.....	167
854.....	63	900.....	117	946.....	168
855.....	65	901.....	119	947.....	169
856.....	66	902.....	122	948.....	169
857.....	68	903.....	120	949.....	171
858.....	69	904.....	120	950.....	172
859.....	72	905.....	121	951.....	174
860.....	74	906.....	121	952.....	175
861.....	75	907.....	136	953.....	177
862.....	76	908.....	136	954.....	179
863.....	80	909.....	137	955.....	181



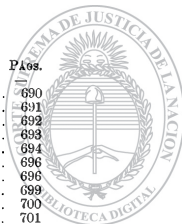


ARTS.	Págs.	ARTS.	Págs.	ARTS.	Págs.
956	184	1010	267	1064	341
957	182	1011	267	1065	343
958	185	1012	269	1066	345
959	185	1013	282	1067	346
960	186	1014	271	1068	348
961	188	1015	272	1069	349
962	190	1016	272	1070	350
963	193	1017	274	1071	351
964	195	1018	274	1072	353
965	196	1019	275	1073	354
966	204	1020	276	1074	254
967	203	1021	277	1075	355
968	198	1022	281	1076	356
969	200	1023	280	1077	358
970	202	1024	283	1078	359
971	205	1025	285	1079	360
972	206	1026	286	1080	362
973	208	1027	291	1081	362
974	210	1028	289	1082	363
975	211	1029	288	1083	364
976	212	1030	292	1084	366
977	213	1031	294	1085	367
978	214	1032	295	1086	369
979	215	1033	295	1087	370
980	221	1034	297	1088	371
981	222	1035	297	1089	372
982	224	1036	301	1090	373
983	225	1037	303	1091	375
984	228	1038	310	1092	376
985	226	1039	312	1093	377
986	229	1040	315	1094	378
987	232	1041	305	1095	378
988	230	1042	305	1096	380
989	234	1043	306	1097	382
990	236	1044	307	1098	384
991	238	1045	313	1099	384
992	239	1046	322	1100	385
993	241	1047	316	1101	386
994	243	1048	322	1102	388
995	244	1049	324	1103	390
996	246	1050	321	1104	395
997	250	1051	325	1105	394
998	251	1052	326	1106	394
999	252	1053	327	1107	384
1000	253	1054	328	1108	400
1001	254	1055	329	1109	400
1002	257	1056	330	1110	403
1003	258	1057	331	1111	399
1004	259	1058	331	1112	404
1005	262	1059	333	1113	404
1006	263	1060	336	1114	405
1007	263	1061	339	1115	406
1008	265	1062	341	1116	407
1009	266	1063	335	1117	411



Arts.	Págs.	Arts.	Págs.	Arts.	Págs.
1118.	413	1172.	483	1226.	577
1119.	414	1173.	478	1227.	578
1120.	414	1174.	479	1228.	580
1121.	415	1175.	484	1229.	581
1122.	409	1176.	486	1230.	583
1123.	417	1177.	480	1231.	584
1124.	418	1178.	487	1232.	584
1125.	419	1179.	488	1233.	585
1126.	422	1180.	489	1234.	587
1127.	420	1181.	490	1235.	589
1128.	420	1182.	490	1236.	590
1129.	422	1183.	491	1237.	595
1130.	421	1184.	499	1238.	591
1131.	423	1185.	493	1239.	594
1132.	424	1186.	495	1240.	592
1133.	426	1187.	498	1241.	596
1134.	425	1188.	492	1242.	594
1135.	426	1189.	498	1243.	598
1136.	429	1190.	508	1244.	606
1137.	430	1191.	511	1245.	603
1138.	432	1192.	514	1246.	599
1139.	434	1193.	517	1247.	601
1140.	435	1194.	521	1248.	616
1141.	436	1195.	592	1249.	604
1142.	437	1196.	525	1250.	615
1143.	438	1197.	528	1251.	607
1144.	440	1198.	530	1252.	608
1145.	442	1199.	524	1253.	609
1146.	444	1200.	531	1254.	610
1147.	445	1201.	533	1255.	612
1148.	446	1202.	535	1256.	612
1149.	450	1203.	537	1257.	611
1150.	447	1204.	541	1258.	614
1151.	449	1205.	543	1259.	613
1152.	441	1206.	546	1260.	615
1153.	455	1207.	546	1261.	619
1154.	451	1208.	548	1262.	620
1155.	453	1209.	545	1263.	621
1156.	454	1210.	549	1264.	622
1157.	456	1211.	551	1265.	624
1158.	456	1212.	552	1266.	625
1159.	457	1213.	556	1267.	627
1160.	458	1214.	557	1268.	629
1161.	461	1215.	554	1269.	629
1162.	464	1216.	555	1270.	630
1163.	463	1217.	663	1271.	633
1164.	466	1218.	566	1272.	634
1165.	469	1219.	567	1273.	639
1166.	471	1220.	570	1274.	632
1167.	475	1221.	671	1275.	640
1168.	473	1222.	572	1276.	645
1169.	474	1223.	573	1277.	647
1170.	476	1224.	576	1278.	648
1171.	477	1225.	575	1279.	649

ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.
—	—	—	—	—	—
1280.....	650	1295.....	670	1310.....	690
1281.....	651	1296.....	672	1311.....	691
1282.....	654	1297.....	674	1312.....	692
1283.....	642	1298.....	673	1313.....	693
1284.....	657	1299.....	676	1314.....	694
1285.....	660	1300.....	677	1315.....	696
1286.....	658	1301.....	678	1316.....	696
1287.....	659	1302.....	679	1317.....	699
1288.....	661	1303.....	681	1318.....	700
1289.....	661	1304.....	682	1319.....	701
1290.....	663	1305.....	684	1320.....	702
1291.....	664	1306.....	685	1321.....	703
1292.....	665	1307.....	687	1322.....	704
1293.....	669	1308.....	688		
1294.....	667	1309.....	689		



ERRATAS IMPORTANTES



<i>Pág.</i>	<i>Línea</i>	<i>Dice</i>	<i>Léase</i>
6....	40	La suspensión—hacer	La compensación—hacerla
10...8 y	13	fungibles.....	no fungible
27...14 y	34	trepidar—de las cosas	trepidar—las cosas
36....	11	forma ó solemnidad	forma
40....	8	que la toma	que los toma
48...1 y	2	que no hieren á la co- munidad su aban- dono.....	cuyo abandono no hiere á la comu- nidad
50....	últ.	pág. 612.....	pág. 47
52....	24	que no ha existido..	que ha existido
54....	28	hasta que no ocurra	y hasta que ocurra
62....	8	agravarla. Luego....	agravarla; luego
74....	33	recurso ó revisión..	recurso de revisión
92....	6	destimientó.....	desistimiento
124....	27	obligados no solamen- te á cumplirlos sino á impedirlos.....	obligados á cumplirlos é impedirlos
138....	36	Brussolles.....	Bresolles
147....	25	determinante se toma	determinante no se toma
149....	7	art. 5465.....	art. 465
154....	22	para decidir	para declarar
173....	31	Jur. Com., III, 188...	Jur. Com., III, 188, Sér. 1ª.
181....	11	serán válidos.....	serán válidas
187....	20	en la copia -- bienes vendidos	en el original—bienes hecha
188....	9	difiere dolo.....	difiere del dolo
189....	últ.	y comprende.....	y no comprende
191....	15	fallido.....	concurrido
196....	3	revocar actos.....	revocar sus actos
208....	1	Título III.....	Capítulo III
210....	28	la parte haya.....	la parte no haya
213....	14	no sucesivos.....	no sucedidos
217....	14	no será tal.....	no serán tales
228....	27	argüirlo falso.....	argüirlo como falso
258...22 y	23	indicando la fecha del instrumento y el re- gistro donde se en- cuentra.....	suprimirlo

<i>Fág.</i>	<i>Línea</i>	<i>Dice</i>	<i>Léase</i>
292....	18	que responde.....	que corresponde
293....	11	en la creencia.....	en la creencia
302....	últ.	anulables.....	anulables.—Nota del Dr. Velez Sarsfield
306....	28	art. 1035.....	art. 135
315....8 y 18		ejercerla—impúber..	deducirla—púber
321....	7	Tenemos.....	Tomemos
322....	15	como si hubieren...	como si no hubieron
326....26 y 31		no pudiendo—se debe	pudiendo—se deben
327....19 y 21		á las cosas—nulación	las cosas—anulación
328....	35	entrega este.....	entrega la cosa
331....	12	intimación.....	intimidación
343....	8	sostenían.....	sostienen
345....5 y 6		más límite que la pro- hibición.....	otro límite
358....	3	§ 313	§. 314
384....	12	deducirse.....	ejercitarse
410....	14	sobornación.....	subordinación
411....	8	que sólo responderán	que responderán
475....	17	la especie y estos el género.....	el género y éstos la especie
478....	34	y lo hiciera.....	y no lo hiciera
484....	34	el contrato existirá..	el contrato valdrá
490....	2	art. 1182, 1ª parte..	suprimirlo
490....	7	art. 1182, 2ª parte..	art. 1182
492....12 y 13		no valdrá pero—pri- vado.....	no valdrá—privado, pero
498....	4	dándole.....	dándose
503....	1	art. 1148.....	art. 1184
507....	3	procesamiento.....	procedimiento
553....25 y 26		donde—en el.....	ó donde—ó en el
555....8 y 17		en esta parte—expli- car—e.....	en ella—aplicarse
572....	últ.	el art. 1398.....	del art. 1398
588....	8	hubiera fallecido....	el donante hubiera sobrevivido
596....	9	á menos de no.....	á menos de
660....	23	y aun así.....	y no siendo así
664....	20	tiene.....	no tiene
665....	14	tuvieren bienes	tuvieren otros bienes



