

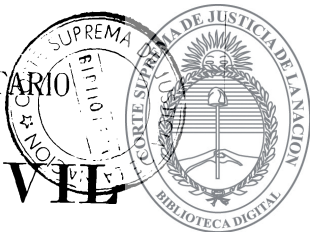


EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO

..

30.

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO



CONTENIENDO:

LA EDICIÓN OFICIAL Y LAS NOTAS DEL DR. VELEZ-SARSFIELD;
LA APLICACIÓN DE LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE NACIONAL, LOS DE LAS
CÁMARAS DE APELACION DE LA CAPITAL
Y UN ESTUDIO SOBRE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL

POR EL

Dr. JOSÉ OLEGARIO MACHADO

Miembro activo de la Sociedad
Unión Internacional de Jurisprudencia y Economía Política y Social comparadas de Berlín;
de la Sociedad de Legislación comparada de París;
Académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid;
Miembro honorario del Instituto de la Orden de los Abogados Brasileños

TOMO XI



BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
No. DE ORDEN	98155
UBICACIÓN	Q1070

444
116

BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

1908





PREFACIO DEL EDITOR

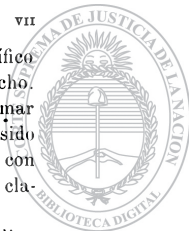
Al terminar la publicación de la EXPOSICIÓN Y COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, con que el Doctor José Olegario Machado ha enriquecido la literatura jurídica de su país, debo una palabra de agradecimiento, en mi nombre y en el del reputado autor, por la calurosa acogida con que los hombres del Foro y de la Magistratura, han recibido la importante obra. Pero no sólo en la República Argentina ha sido justamente apreciada la obra del Dr. Machado, á juzgar por los honores que en el extranjero han discernido al eminente autor. *La Unión Internacional de Jurisprudencia y Economía Política y Social comparadas de Berlín*, lo ha nombrado su socio activo; la *Sociedad de Legislación comparada de París*, le ha discernido igual honor; la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*, lo ha nombrado Académico honorario; el *Instituto de la Orden de los Abogados Brasileños*, lo ha nombrado miembro honorario, y los distinguidos profesores extranjeros

á quienes se ha enviado la obra, han escrito al autor en términos elogiosos. Con placer hago constar esos honores que se reflejan sobre el país que posee hombres de esa competencia en la legislación, y le permite exteriorizar su acción en una de las ramas más importantes de la ciencia jurídica.

Deseo hacer constar igualmente, para honor de la República Argentina, que ha marchado rápidamente en estos últimos diez años, no sólo en cuanto á la producción intelectual científica, sino que ha adquirido la capacidad de costear obras tan extensas como la del Doctor Machado, sin necesidad de ocurrir al apoyo oficial, como había sucedido con las obras de nuestros más importantes hombres públicos, que la Nación debió subvencionar para que pudieran publicarse. El país entra pues, en un nuevo período, puede pagar al presente obras extensas, estimulando á los autores que dedican sus vigilias á producirlas, no sólo con los honores y el respeto, sino con las ventajas que pueden producir.

Es cierto que la obra publicada ofrecía todas las garantías de éxito, por la competencia del Dr. Machado, que como magistrado, abogado y autor de obras de derecho había demostrado que era uno de los pocos jurisconsultos preparados para comentar ese monumento de ciencia jurídica que se llama el Código Civil Argentino. A la vasta labor intelectual que exigía una obra tan extensa, el autor ha unido una voluntad persistente, muy rara entre nosotros, donde hay tanta inteligencia que se pierde en la inacción, y ha dedicado todas sus energías durante diez años de lo mejor de su vida, para





levantar un pedestal digno del monumento científico que ha estudiado á la luz de los principios del derecho.

Valiéndome de opiniones autorizadas puedo afirmar que los más áridos problemas de legislación han sido examinados y dilucidados por el eminente autor, con un criterio sereno y elevado, y una inteligencia y claridad que todos le reconocen.

El Dr. Machado, no sólo ha comentado el Código Civil, mostrando la extensión y consecuencias de cada una de sus disposiciones, sino que penetrando en el terreno de la crítica, ha indicado los defectos que afean una obra tan importante; y las correcciones y reformas que se proyecten en el porvenir, encontrarán en esta obra su explicación y fundamento. De ese modo habrá contribuído el autor á depurar el Código Civil, sea de errores de imprenta, supresiones, faltas de armonía de unas disposiciones con otras, y también de antinomias, y su obra será consultada con provecho por los legisladores que promuevan la reforma.

El Dr. Machado cree necesario agregar un tomo más como diccionario del Código Civil é índice general de su obra, para facilitar su consulta, y poner á la vez al alcance de todos el estudio del Código; ese tomo lo publicaremos inmediatamente que el autor lo haya concluído.

EL EDITOR.



EXPOSICIÓN Y COMENTARIO

DEL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO



TÍTULO II

DEL DERECHO DE RETENCIÓN

§ 1069. — GENERALIDADES

La retención no es un privilegio propiamente dicho, es más bien una causa de preferencia, como lo es la de los acreedores del causante que pueden demandar la separación de patrimonios para ser pagados con los bienes que hubiese dejado el difunto. Así, mientras el acreedor posee la cosa, puede oponerse á que nadie la tome sin haberle abonado su acreencia; pero él mismo no puede ejecutarla y hacerla vender, por eso la define el **art. 3939** diciendo: *el*

(**Art. 3939.**) El derecho de retención es un derecho *sui generis*, no tiene parecido, ni con los privilegios, ni con los derechos reales, por más que participe de alguno de sus caracteres. No es un privilegio en sí mismo, y sin embargo puede constituirlo según la clase del crédito por que se retenga la cosa: por ejemplo, aquél á quien se le entrega una cosa para que la tenga momentáneamente y hace gastos de conservación, sin los que la cosa habría perecido; en ese caso su derecho de retención se convierte en privilegio por el origen ó causa de la acreencia; pero si ha hecho cualquier otro gasto para el que hubiera sido autorizado por el propietario, la retención no sería un privilegio sino una causa de preferencia, porque si entregara la cosa entraría al concurso como uno de tantos acreedores comunes.

derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo

El derecho de retención se funda en la posesión que el acreedor tiene de la cosa en la que ha gastado una suma de dinero, para hacerse pagar con preferencia á cualquier acreedor que no tenga un crédito privilegiado al suyo; con esta particularidad, el que tiene el derecho de retención no puede ejecutar su crédito, porque una vez vendida la cosa á su solicitud y salida de su poder pierde su preferencia, que no puede ser ejercida sobre el precio. Es pues, una garantía pasiva, que autoriza al acreedor para resistir la entrega de la cosa mientras no se le hubiese abonado el crédito. y en ese sentido puede resistir la orden judicial que se la mande entregar al adjudicatario, para ejercer su derecho sobre el precio, porque lo habría perdido, y la autoridad del juez no puede bastar para conservárselo, como algunos afirman erróneamente. Pero el derecho de retención no sólo se opone al dueño mismo de la cosa, que no puede volverla á tomar sino ha pagado lo que debía con relación á la misma cosa, sino también á los acreedores comunes que la embargaran y ejecutaran; pero ese derecho de preferencia no puede alegarse contra los acreedores con privilegios generales sobre los muebles ó contra los que tuviesen privilegios especiales. Así, por ejemplo, el conservador que ha ejecutado gastos necesarios en la cosa retenida, sin los que ésta hubiese parecido, podría ejecutarla y hacerla vender para pagarse su crédito con preferencia al que tiene el derecho de retención; pero éste á su vez, tendría perfecto derecho para negarse á entregarla, si resultase que el precio obtenido era suficiente para pagar ambos créditos, y en ese caso estaría facultado para retenerla hasta ser pagado con el sobrante una vez cubierta la deuda privilegiada; porque si entre la cosa pierde su preferencia con relación á los acreedores comunes. Igual cosa sucedería si la cosa fuera embargada por los gastos funerarios que tienen privilegio general, respecto de los muebles.

La causa de preferencia que confiere la retención no es un privilegio: por esa razón, no estoy conforme con los que sostienen, erróneamente, que «el derecho de retención no coloca al acreedor ni en escala superior ni en inferior respecto á los créditos privilegiados»; pero sí lo estoy con la opinión expresada á continuación cuando se dice: «que el derecho de retención sólo sirve para oponerlo al deudor ó á los acreedores quirografarios: pero respecto á los acreedores privilegiados, el solo derecho de retención no altera el orden de sus privilegios», lo que es una verdad, y por consiguiente el derecho de retención está en una escala inferior á los créditos privilegiados. Así, por ejemplo, el acreedor prendario



que le es debido, por razón de esa misma cosa, de modo que su derecho se limita á tener la posesión de la cosa, y á oponerse para que

que ha renunciado expresamente al derecho de prenda manteniendo la cosa en su poder, no tendría el derecho de retención, como algunos lo sostienen, sino cuando hubiera hecho gastos posteriores en la misma cosa, autorizado por el propietario. Renunciada la prenda, no tendrá pues, el derecho de retención por la deuda que la prenda ha garantido al constituirse, si esa deuda no tenía conexión con la cosa. El derecho de prenda es un privilegio especial que, por lo general, nada tiene de común con el de retención; pues no debe olvidarse que esta causa de preferencia sólo se acuerda cuando hay conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene, y como la prenda se ha constituido por un crédito anterior á la posesión, nada tendrá de común para que se le acuerde la retención con prescindencia de la prenda.

El derecho de retención no puede pues, resistir á los créditos privilegiados, que se cobran con la preferencia acordada por la ley, pero el acreedor tendrá siempre derecho para conservar esa preferencia sobre los acreedores quirografarios, como se ha dicho.

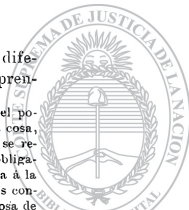
El derecho de retención, es sólo una causa de preferencia mientras el acreedor permanezca en posesión de la cosa, con relación á la que se ha originado el crédito; de ahí esa posición tan singular, que si pide y obtiene la venta de la cosa pierde la preferencia, entrando con los acreedores quirografarios en proporción de lo que cada uno cobre. Así, pues, cuando el propietario enajena la cosa retenida, ó cuando se vende por la mano de la justicia, el tenedor conserva su derecho, y no puede ser despojado de él, para desinteresarlo es necesario pagarle su crédito; porque los adquirentes han substituído al propietario, quien tiene su derecho limitado por este crédito. —Comp. MARTOU. I, 260. Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 1548. — Véanse arts. 1384, 1547, 1618, 1636. 1956, 2218, 2223, 2440, 2466, 2686, 2891, 3220, 3229, 3250 y 3940.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3939. — Mourlon. *Privil.*, n° 214. Este autor, en el apéndice que ha puesto en su obra *Examen crítico al Comentario de Troplong sobre los privilegios*, ha tratado extensamente la materia desde el número citado. El juriconsulto Rauter, publicó también un extenso y notable escrito sobre el derecho de retención, que se encuentra en la Revista de Fœlix, años de 1841, tom. 8, pág. 784, y 1844, pág. 565.

Es preciso, como lo dispone el artículo, que haya una deuda por razón de la misma cosa. En cualquiera otra circunstancia, los principios se oponen al ejercicio del derecho de retención, porque el acreedor no puede sin convención, ó sin el auxilio de una ley, arrogarse sobre la cosa ajena un derecho real.

La retención es el ejercicio del derecho natural que nos permite mantener-





nadie se la tome sin antes haberle pagado la acreencia; y se diferencia de la prenda y del privilegio, en que los acreedores pre-

nos en el estado en que legítimamente nos encontramos. No basta que el poseedor de la cosa de otro, tenga un crédito contra el propietario de esta cosa, para que goce el derecho de retenerla: es preciso, además, que su crédito se refiera á la relación existente entre él y el propietario; es decir, que la obligación de éste haya nacido por ocasión de la cosa: que ella sea correlativa á la obligación que tiene el poseedor de restituir la cosa que deriene. Así, tres condiciones son necesarias para el derecho de retención: 1ª, posesión de la cosa de otro por un tercero; 2ª, obligación de parte del propietario respecto del poseedor; 3ª, conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene.

El derecho de retención no es propiamente un privilegio; pero bajo algunas relaciones, como una afectación especial de una cosa del deudor, es una causa de preferencia á beneficio de un acreedor contra los otros acreedores. Existe entre la retención y el privilegio una diferencia muy notable. El derecho de preferencia tiene lugar en todos los casos, es decir, aunque la cosa gravada con el privilegio se haya convertido en dinero. Que haya sido vendida á instancia de otros acreedores del deudor, ó por el acreedor privilegiado: en uno y otro caso, el privilegio produce su efecto ordinario. Pero no así el derecho de retención. El propietario puede disponer de la cosa retenida, mas como no puede transferir sino su derecho, tal como lo tiene, si la enajena, el que adquiere la cosa, siendo sucesor singular del propietario, está obligado como éste á entregar al tenedor de ella el importe de su crédito, lo que verdaderamente le constituye un derecho de preferencia sobre los otros acreedores. Lo que se dice de la enajenación voluntaria, debe también decirse de la enajenación judicial; pues ella no es sino el ejercicio, por parte de los acreedores, del derecho de enajenación que tiene su deudor, y la adjudicación, aunque tenga lugar á instancia de los acreedores, en definitiva se hace en nombre del deudor. — Mourlon, n° 219.

Mas cuando él mismo procede á la venta, sucede un efecto diverso: él no tiene sobre el precio preferencia sobre los otros acreedores, pues que carece de privilegio; y ciertamente que no pretende retener la cosa hasta ser pagado, desde que ha procurado su venta y ha consentido en la enajenación, lo que importa una renuncia tácita de su derecho de retención. — Mourlon, obra citada, n° 219.

En resumen, constituyendo la retención un derecho directamente establecido sobre la cosa misma que tiene por objeto, modifica al mismo tiempo el derecho de propiedad del deudor, y por consecuencia la garantía de sus acreedores. El deudor, aunque propietario de la cosa retenida y aunque tenga el derecho de disponer de ella, no puede, sin embargo, enajenarla válidamente, sino á condición de respetar el derecho del que la retiene. Si la vende, la cosa pasa con la carga que la grava, al adquirente, que no podrá obtener su entrega sino satisfaciendo previamente al acreedor que la retiene.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3939.—El escribano público tiene derecho de retención de los títulos hasta tanto se le paguen los honorarios de la escritura otorgada. — Jur. Civ., VII, 10, Ser. 4ª.

El juicio sobre retención del predio en virtud de las obras construidas, no puede suspender el desalojo. — Jur. Civ., XI, 263, Ser. 4ª.

darios ó privilegiados no sólo retienen la cosa sino que pueden ejecutarla, y que su causa de preferencia no desaparece con la posesión, y pueden demandar una colocación preferente en el pago cuando ésta se hubiera vendido.

§ 1070. — CONDICIONES PARA EJERCER EL DERECHO DE RETENCIÓN

Para que el derecho de retención exista es necesario que haya nacido de un contrato, ó de la ley que lo acuerde por razón de la calidad del crédito, así dice el **art. 3940**: *se ten-*

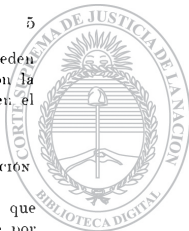
(**Art. 3940.**) El presente artículo fija las condiciones del derecho de retención que el Dr. Velez-Sarsfield sintetizó en la nota al artículo anterior. Según ese artículo es necesario la posesión de la cosa, y por el presente se agrega: que la deuda debe ser conexa con la cosa retenida, y nacer de un contrato ó de un hecho que produzca obligación.

Estudiemos estas tres condiciones: 1ª, posesión de la cosa; 2ª, deuda conexa con la cosa; 3ª, contrato ó hecho productor de la obligación.

Con relación á la primera condición, la ley no hace distinción entre las cosas muebles y las inmuebles, y por consiguiente no la debemos hacer. Así se ha juzgado por la Suprema Corte que el constructor de un inmueble que está en posesión de él, puede retenerlo hasta el pago de lo que se le debe por la construcción del mismo proveniente del contrato. Este derecho puede ejercerlo con igual razón el joyero ó fabricante á quien se le ha entregado una alhaja ó cosa cualquiera para repararla ó transformarla.

Respecto de la segunda condición, es una de las más importantes, porque es el vínculo de unión que, se puede decir, crea el derecho de retención y del cual depende. Por haberlo olvidado se ha confundido el privilegio que confiere la prenda ó el depósito con el derecho de retención que puede ser completamente diferente. Nuestro Código lo define diciendo: es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella, hasta el pago de lo que *le es debido por razón de esa misma cosa*; mientras Aubry y Rau. § 256 bis, texto á la nota 1, en donde se inspiró el nuestro dicen: se entiende, en general, por derecho de retención, el derecho en virtud del cual el detentador de una cosa está autorizado á retenerla hasta el pago de una acreencia que *le es debida por el propietario*.

Se nota á primera vista esta diferencia fundamental, que el derecho de retención, según nuestro Código, se confiere á la acreencia prove-





drá el derecho de retención siempre que la deuda aneja á la cosa detenida, haya nacido por ocasión de un contrato, ó de un hecho

niente de gastos hechos en la misma cosa, porque eso importa la frase, de «lo que es debido por razón de la misma cosa»; mientras los autores mencionados hablan de lo que el propietario debe al que retiene la cosa. Así, el depositario ó el prendario, además de su privilegio especial para hacerse pagar su crédito, gozarán del derecho de retención por lo que hubieren gastado en la cosa autorizados por el propietario; pero no se debe confundir este derecho con el privilegio especial del prendario, que retiene la cosa en virtud de un contrato especial. Cuando el prendario hubiere renunciado á la prenda, no podrá retenerla á menos de haber hecho en ella gastos de absoluta necesidad ó algunos otros, autorizado por el propietario. Para que el derecho de retención exista es necesario que la deuda sea contraída con ocasión de la cosa misma; se exceptúa el caso del art. 3218, porque se reputa que la segunda deuda, sin previa estipulación de una nueva prenda, se ha contraído teniendo en vista la cosa dada, señalando un vencimiento anterior.

En cuanto á la tercera condición, de que la deuda haya nacido de un contrato ó de un hecho productor de obligación, comprende los casos de prenda, depósito y demás actos jurídicos, así como también los hechos que están destinados á engendrar un derecho; como por ejemplo, el artificio que transforma ó compone una joya por orden de su dueño, que tiene el derecho de retención.

El gestor de negocios, ¿tendrá el derecho de retención en las cosas que haya mejorado, ó en que hubiere puesto su trabajo? Debemos distinguir; se aceptará el derecho de retención por los desembolsos hechos por el gestor de negocios; pero no se le concederá por el pago de su trabajo, salario ú honorario que tendría derecho para reclamar; porque si el mandatario puede retener en su poder cuanto bastare para el pago de sus honorarios y adelantos, según el art. 1956, el gestor no es en realidad un mandatario para gozar de esa preferencia.

Según la extensa nota del Dr. Volez-Sarsfield, tomada de Aubry y Rau, basta que exista un cuasi-contrato con relación á la cosa mejorada para que la retención se conceda. Así, el comodatario goza de la retención por los gastos necesarios hechos en la cosa; el agente de cambio ó banquero sobre los títulos comprados hasta el pago de lo que le es debido; el procurador puede retener las escrituras ó documentos hasta el pago de los gastos desembolsados; el fabricante á quien se le ha dado materia prima para construir un objeto, puede hacer lo mismo, y en general, todo aquél que en virtud de un cuasi-contrato haya desembolsado

que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella, como en los casos en que el locatario hubiere hecho gastos de conservación á

dinero para mejorar ó conservar la cosa de otro, tiene el derecho de retención.

El derecho de retención es indivisible, en el sentido de que cuando se ejerce sobre diversos objetos, aunque se entreguen en parte, puede alegarlo por la totalidad de la acreencia en las cosas que conservare en su poder, sin que pueda oponérsele la disminución proporcional respecto de las cosas entregadas.

Notas del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3940.—Mourlon, n° 230.—Aubry y Rau, § 253 bis. — Y así, el acreedor pignoraticio y el acreedor anticresista tienen el derecho de retención de la cosa dada en prenda ó anticresis hasta ser pagados de sus créditos. — Arts. 3218 y 3245 de este Código.

El depositario tiene el derecho de retener la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito. — Art. 2218 de este Código.

El nudo propietario que haga en la cosa sometida al usufructo, las reparaciones que son á cargo del usufructuario, puede retener la cosa fructuaria hasta que esos gastos les sean pagados. — Art. 2891 de este Código.

El propietario que hubiese hecho los gastos de conservación ó reparación de la cosa común, puede retenerla hasta que los condóminos le paguen los gastos hechos en proporción del condominio que tenga en la cosa. — Art. 2386 de este Código.

El transformador ó especificante que hizo de buena fe una obra con materia ajena, tiene el derecho de retención de la nueva especie, hasta ser pagado de su trabajo. — Art. 2570 de este Código.

El comprador bajo un pacto de retroventa, aunque se le ofrezca el precio de la reventa, puede retener la cosa comprada, hasta ser pagado de las reparaciones necesarias que hubiese hecho en ella, y de los gastos que hubiesen aumentado el valor de la cosa. — Cód. Francés, art. 1673.

El fabricante ú obrero á quien se hubiesen entregado materiales para hacer una obra ó cosas, en las cuales debiese hacer reparaciones, tiene el derecho de retención sobre la obra hecha, ó sobre la cosa reparada, hasta ser pagado de su trabajo. — Aubry y Rau, § 236 bis. — Troplong, *Privil.*, n° 176.

Y en general, él que hace mejoras útiles ó impensas necesarias en una cosa ajena, que está en su poder, tiene el derecho de retención hasta ser pagado de las impensas útiles y necesarias. — Art. 2428 de este Código.

Resulta, por lo tanto, que siempre que el que hace gastos en una cosa ajena, la mejora, ó pone su trabajo y adquiere el derecho de que esas impensas se le paguen, tendrá el derecho de retención; pero no lo tendrá cuando la ley no lo autoriza á cobrarlos. Por ejemplo, el usufructuario que hace mejoras en la cosa que tiene en usufructo. — Art. 2874 de este Código: ó el que tiene la posesión viciosa de una cosa, ó el tercer poseedor de un inmueble hipotecado que hubiese hecho mejoras en él. — Art. 3168 del mismo.

Han nacido graves controversias sobre el punto de saber si el derecho de retención debe ser admitido solamente en los casos en que está formalmente





cargo del locador cuando hubiere urgencia, en que la ley le concede el derecho de retención hasta el pago de esos gastos.

El derecho de retención aunque sólo comprende la facultad para conservar la posesión de la cosa hasta ser pagado, no puede ejercerse por partes, por eso dice el **art. 3941**: *el derecho de re-*

(**Art. 3941.**) Según el presente artículo, el derecho de retención es indivisible en el sentido de que cada una de las cosas que están sujetas á esta causa de preferencia soportan todo el crédito. Así, cuando el acreedor gozare del derecho de retención sobre diversas cosas á la vez por una causa que comprendiera á todas aquellas sobre las que tiene posesión, lo ejercería por la totalidad de la deuda sobre cada una de ellas. Se exceptúa el caso en que sobre cada cosa tuviera un derecho de retención por una causa diversa, en que solamente lo ejercería sobre cada una

reconocido por la ley, ó si, por el contrario, debe extenderse á todos los casos en que el tenedor de la cosa sea acreedor por razón de impensas necesarias ó útiles, hechas en la cosa misma, cuya restitución se le demande, y donde existe por consiguiente lo que en doctrina se llama un *debitum cum re conjunctum*. — Mourlon, desde el n° 362. — Troplong., *Précis*, n°s 258 y siguientes. — Demolombe, tom. 9, n° 682. — Zachariæ, § 281.

Nosotros adoptamos la opinión de los jurisconsultos Aubry y Rau, § 234 bis. — Las opiniones que se han pronunciado por el uno ó por el otro de estos sistemas, nos parecen demasiado absolutas. El derecho de retención no debe ser restringido á las hipótesis previstas por los artículos del Código; pero tampoco puede ser admitido tan sólo porque existe un crédito unido á la cosa. En nuestra opinión, basta para justificar por analogía la extensión del derecho de retención, que la detención se refiera á una convención, ó á lo menos, á un cuasi-contrato, y que la deuda aneja á la cosa retenida haya nacido por ocasión de esa convención, ó de ese cuasi-contrato. Cuando las condiciones indicadas en los textos de las leyes aparecen reunidas, la posición respectiva de las partes presenta una analogía perfecta con la situación que se encuentra, en los casos en que el derecho de retención está formalmente admitido por la ley; y la extensión de ese derecho se justifica entonces por el principio de que el que reclama la ejecución de una convención, no puede hacerlo sino á condición de llenar por su parte las obligaciones que ha contratado, ó que han nacido por ocasión de esa convención. Pero fuera de las condiciones indicadas, en los textos de las leyes, y faltando toda la relación convencional, ó de un cuasi-contrato entre las partes, la analogía desaparece, y la inducción que se querría sacar de las disposiciones legales que reconocen el derecho de retención, no tendría base legítima.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3940.—La retención de mercaderías por orden de autoridad competente, no puede fundar una acción por daños y perjuicios, procedentes de la falta de entrega.—Jur. Civ., VII, 5, Ser. 4°.

Véase fallo al art. 3934. — Jur. Civ., XI, 48, Ser. 4°.



tención es indivisible. Puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte de la cosa que forma el objeto, de modo que si ha entregado parte de ésta, su derecho para ser pagado de la totalidad del crédito no sufre una disminución proporcional, y puede exigir el pago de toda la acreencia, reteniendo las demás cosas, porque cada una de ellas y todas en común le responden á su crédito. Como el derecho de retención se limita á que no le priven de la cosa hasta no ser pagado del crédito, resulta esta consecuencia: que el derecho de retención no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida, y hagan la venta judicial de ella; pero el adjudicatario, para obtener los objetos comprados, debe entregar el precio al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que éste sea acreedor (art. 3942); de modo que tiene

de esas cosas; por ejemplo, si el acreedor tenía tres cosas en su poder, una en prenda, otra en depósito y la tercera en comodato, y en cada una de ellas ha hecho gastos necesarios, si devuelve la cosa dada en prenda no puede ejercer su derecho sobre las demás, porque hay tantos derechos de retención como cosas existen en poder del acreedor. La indivisibilidad en este caso no se ataca porque son tres deudas diferentes. Por el contrario, si las tres cosas fueron dadas en prenda, y se entregase una de ellas al deudor, el derecho de retención se ejercería por el total de la deuda sobre las cosas que quedasen. Así dicen Aubry y Rau, § 256 bis, de donde fué tomado nuestro artículo: «es así que el fabricante ó el obrero que ha recibido en virtud de una sola y única convención un lote de mercaderías para reparar ó componer, puede, después de haber restituido una parte de esas mercancías sin haber obtenido el precio de la hechura ó los salarios, retener las restantes para garantizar la totalidad de las sumas que le son debidas». Es necesario, pues, que todos los objetos respondan al mismo crédito en virtud del cual se hace la retención; si cada uno fuera separado no habría derecho para unirlos bajo una misma acreencia.—Comp. TROPLONG, I, 176. DELVINCOURT, III, pág. 274.— Véanse arts. 3112, 3233 y 3235.

(Art. 3942.) Hemos dicho que el derecho de retención no era un verdadero privilegio; que por el contrario les cedía su lugar en caso de concurso, que por consiguiente no era un derecho real, ni algo que se le pareciese, porque precisamente se funda en la posesión y desaparece cuando la cosa se ha entregado voluntariamente; sin embargo, el

Notas del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3941. — Aubry y Rau, § 256 bis.



derecho para oponerse á la entrega mientras no se le hubiere abonado su crédito, y ni la justicia puede compelerlo á entregar la cosa, porque si ésta sale de su poder contra su voluntad puede reclamarla.

derecho de preferencia subsiste con relación á los créditos posteriores contraídos por el acreedor tanto con relación á las cosas muebles como á los inmuebles.

El derecho de retención tiene de característico, que una vez salida la cosa de poder del acreedor, se pierde la preferencia acordada; pero eso no impedirá al propietario venderla, permutarla, donarla, etc., sin que esos actos influyan para disminuir ó alterar el derecho de retención.

Usando de su derecho los acreedores quirografarios pueden ejecutar la cosa sometida al derecho de retención, haciéndola vender judicialmente; pero el que la retiene puede negarse á entregarla hasta que no se le pague la deuda en que tiene el derecho de retención; porque una vez entregada, su derecho se habrá desvanecido.

Si los ejecutantes son acreedores privilegiados anteriores al crédito del que retiene la cosa, á los que debe ceder su derecho de preferencia, está facultado para retenerla y exigir se le pague con el sobrante una vez abonados los créditos privilegiados; pero si absorbieran todo su valor deberá entregarla.

Aunque me encontraría inclinado á pensar que el derecho de preferencia no debiera extinguirse con la pérdida de la posesión; sin embargo, el art. 3939, es terminante al exigirla, y por eso creo que el presente artículo autoriza al acreedor con derecho de retención á resistir la entrega hasta que no se le haya pagado la deuda. Y por eso no estoy conforme con los que creen que se pueda depositar el precio entregando la cosa, porque sin la posesión de ésta el acreedor entraría entre los acreedores comunes. Si el que tiene el derecho de retención tuviere al mismo tiempo un privilegio general ó especial sobre la cosa, no necesitaría en ese caso retenerla, desde que el privilegio prima sobre este derecho, y puede ejercerse siempre que la cosa permanezca en poder del deudor ó en manos de la justicia.

No debemos olvidar que el derecho de retención es meramente pasivo; que el acreedor no puede demandar la venta de la cosa, ni entregarla al comprador, sin perder su derecho de preferencia, y por eso el legislador le ha concedido la facultad para resistir la entrega mientras no sea pagado de su crédito; pero esta preferencia sólo puede ejercerla contra los acreedores comunes y contra el propietario, sobre los que

El derecho de retención se extingue por la entrega ó abandono voluntario de la cosa sobre que podía ejercerse, y no renace aunque la misma cosa volviese por otro título á entrar en su poder (art. 3943); porque una vez desposeído por su propia voluntad,

puede deducirla; no así contra los privilegiados que le son preferidos, pero si no absorbieran todo el crédito, puede exigir se le entregue el sobrante antes de desapoderarse de la cosa.—Véanse arts. 3234 y 3946.

(Art. 3943.) Se habla del derecho de preferencia que se obtiene por la posesión de la cosa en razón de la que se ha contraído la deuda. No es un derecho inherente á la persona que muera con ella; y se pregunta, si en caso de insolvencia del acreedor que tiene el derecho de retención, sus acreedores pueden ser autorizados para ejercerlo, cuando lo hubiera renunciado entregando la cosa.

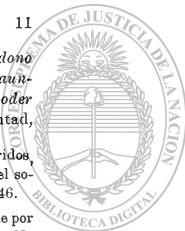
Es muy difícil resolver el caso; porque si bien nó es un derecho inherente á la persona, tampoco es una causa de extinción del derecho principal. En la cuestión propuesta se trata de una garantía, cuya falta puede dar por resultado el no cobrar la acreencia; pero no la pérdida del derecho. Renunciar á una fianza ó á una garantía, no es el caso del art. 964, y creo que no podrían ejercerlo los acreedores; sobre todo, el derecho de retención se ha extinguido con la pérdida de la posesión y la justicia no podría hacerlo renacer.

El abandono debe ser voluntario; porque si fuese forzado puede deducir la acción de despojo, y volver á recobrarla por medio de la justicia.

Si la cosa dada en prenda ha sido entregada voluntariamente al deudor, y vuelve á tomarla más tarde en calidad de depósito, no podrá ejercer el derecho de prenda por la deuda que antes garantía, y por la que entrará entre los acreedores comunes; eso es lo que importa la expresión: de que no renace el derecho de retención, cuando la cosa ha salido de poder del acreedor, aunque vuelva otra vez á poseerla por cualquier otro título.

Se entiende por abandono voluntario, no sólo el que se hace expontáneamente por el acreedor y de su propio movimiento, sino también el que es consentido sin reclamación de su parte, como si ejecutada y vendida la cosa judicialmente la entregase al comprador, en cuyo caso el derecho de retención se extinguiría. El hecho de no reclamar la retención de la cosa importa una renuncia de la preferencia que ella le confiere.

Notas del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3942. — Mourlon, extensamente, desde el n° 219. — Aubry y Rau, lugar citado.





se supone, sin admitir prueba en contrario, que ha renunciado á su derecho, y si la misma cosa volviera á su poder por un contrato cualquiera, como el de prenda, no podría ejercer el derecho de retención sino por la nueva acreencia, pues su derecho respecto del primer crédito ha quedado extinguido. Pero es necesario tener presente que la entrega de la cosa debe ser voluntaria para perder el derecho de retención, porque *cuando el que retiene la cosa ha sido desposeído de ella contra su voluntad por el propietario ó por un tercero, puede reclamar la restitución por las acciones concedidas en este Código al poseedor desposeído (art. 3944)*, ya

Si el que tiene el derecho de retención tuviera un privilegio sobre la cosa que ha abandonado, es claro que puede ejercerlo, porque no necesita entonces de la tenencia, y basta que la cosa se encuentre en poder del deudor. Es claro que la renuncia es al derecho de retención que en nada afecta á la obligación principal.

El artículo como todos los demás de este título ha sido tomado de Aubry y Rau.—Véanse arts. 886 y 8889.

(Art. 3944.) Dijimos en el art. 2480 que la posesión para dar derecho á las acciones posesorias, no debía ser precaria sino á título de propietario: pero que esta regla no debía entenderse de un modo absoluto; porque el comodatario ó el prendario que poseen á nombre del propietario podían ejercer acciones posesorias á nombre de éste. Es que las acciones posesorias en vez de fundarse en derechos reconocidos debían tener por base la protección personal, porque es la persona la atacada en la posesión de la cosa sobre que ejerce su actividad; es el hecho mismo de la posesión que la ley debe proteger, autorizando al individuo para usar de los remedios extrajudiciales para defenderla, como sucede respecto de la fuerza en que se faculta para repelerla, y de los remedios verdaderamente posesorios, como el de manutención y el de turbación, y sobre todo el de despojo, que no es una acción posesoria sino un remedio que se funda en una ley de orden público.

El presente artículo se puede tomar como una excepción al principio consagrado en el art. 2480, como lo enunciamos en su comentario, aunque en realidad no lo sea, porque todo poseedor debe tener y tiene el derecho de defenderse por sus propios medios en la posesión que tenga, así como el de ocurrir á la justicia pidiendo su amparo, y este principio es el que consagra el artículo que estudiamos, dando facultad al que tuviere el derecho de retención para que deduzca las acciones posesorias y los recursos autorizados por las leyes para mantenerse en la po-



sea la de despojo en los términos en que se ha concedido, de modo que si despojado por un tercero ó por el propietario mismo, ha dejado vencer un año sin hacer reclamación alguna, como se trata de la posesión, habría perdido ese derecho, y con él el de retención.

Cuando se trata de cosas muebles en que la posesión vale por título, es necesario tener en cuenta la buena fe del que las hubiera adquirido, porque de otro modo sería imposible el comercio, y las transacciones se harían difíciles; por eso el legislador ha hecho una excepción al decir en el **art. 3945**: *cuando la cosa*

sesión ó recobrarla cuando la hubiere perdido. Así pues, podrán deducir acciones posesorias sobre la cosa que tienen en su poder, el acreedor prendario, el depositario, el comodatario, el fabricante á quien se le ha entregado una cosa para refaccionarla, y todo aquel que estando en posesión de ella hiciera gastos autorizados por el propietario con ocasión de la cosa misma.

En cuanto al tiempo que dura la acción, tenemos la regla general del art. 4038 que determina un año, con las excepciones consiguientes establecidas por el mismo Código, como sucede con el derecho del acreedor prendario que puede reivindicar la prenda dentro de tres años, art. 3890. La acción del locatario para reclamar las cosas sustraídas de la casa alquilada dura un mes; en cuanto al posadero goza de privilegios mientras las cosas permanezcan en la posada, por lo que se le deba por alojamiento y suministros, art. 3886.

Aubry y Rau, § 256 *bis*, de donde fué tomado nuestro artículo, dicen en la nota: «no es decir por esto, que reconozcamos en el derecho de retención el carácter de derecho real; la reivindicación no es sino una forma de proceder, que puede ser empleada para la conservación y el ejercicio del derecho personal, como también de un derecho real».—Véanse arts. 2310, 2765, 2766, 3227, 3890 y 3945.

(**Art. 3945**.) El artículo supone el caso en que la cosa sujeta al derecho de retención haya salido de poder del que podía ejercerlo, habiéndola entregado voluntariamente, porque sólo exceptúa los casos de robo ó pérdida. Así, cuando el acreedor prendario, por ejemplo, ha entregado voluntariamente la cosa al propietario, sin renunciar al derecho ó para

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3944.—Es improcedente el interdicto de adquirir la posesión, si el poseedor tiene por sentencias ejecutorias reconocido el derecho de retención en virtud de las mejoras hechas en la cosa.—Jur. Civ., X, 140, Ser. 4°.



mueble afectada al derecho de retención ha pasado á poder de un tercero, poseedor de buena fe, la restitución de ella no puede ser demandada sino en el caso de haber sido perdida ó robada, y el acreedor que la reclama debe demostrar que el actual poseedor sabía que la cosa estaba afectada al derecho de retención, ó que le ha sido robada ó la ha perdido, y aún en este último caso, si el actual poseedor la hubiera adquirido en remate público en casas donde se acostumbran á vender cosas semejantes, para ejercer su derecho y recobrar la cosa debería pagar lo que ésta ha costado.

que se la devolviese, y éste abusando de la confianza la ha dado en prenda á otro, que ignoraba esa circunstancia, el derecho de retención se habría perdido; es el caso del artículo.

Como en las cosas muebles la posesión vale por título, de ahí es que la enajenación de ellas, ó los derechos reales que el propietario haya constituido teniéndolas en su poder, son válidos, cuando el adquirente ó tenedor actual ha tenido buena fe.

El abuso de confianza, el dolo ó fraude de que se hubiera valido el propietario para obtener la cosa mueble, no puede perjudicar al poseedor de buena fe, y sólo en caso de robo ó pérdida de la cosa el derecho de retención subsiste, por una excepción bien explicable, pues en ninguna de esas hipótesis ha intervenido la voluntad del poseedor.

¿Qué acción corresponde al tenedor con derecho de retención, cuando la cosa ha sido robada? Y si el propietario la hubiera reivindicado y enajenádola, ¿el tenedor podría reclamarla del adquirente de buena fe?

En cuanto á la primera cuestión, no es una acción reivindicatoria propiamente dicha, porque esa corresponde al propietario, es más bien una acción posesoria, porque tiene su origen en la posesión misma; sería una acción de reintegración.

Respecto de la segunda, no creo que pueda ejercerse acción alguna, porque el artículo concede al tenedor la acción para recuperar la tenencia de la cosa robada; pero si ha sido recuperada por el dueño, y faltando á su deber la ha enajenado, no hay acción. El legislador concede la acción contra el ladrón, ó contra el que la adquirió de él, y la niega cuando la cosa ha sido vendida en casas donde se acostumbran vender cosas semejantes, protejiendo de ese modo al adquirente de buena fe. El artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, § 256 *bis*, que se refieren á los arts. 2279 y 2280, Cód. Francés, que son nuestros arts. 2765, 2768 y 2769.—Véanse arts. 2310, 2765 á 2769, 3412 y 3944.



Como la retención sólo comprende la posesión de la cosa y el derecho dé no ser privado de ella mientras no se le hubiere pagado, resulta esta consecuencia: *que el derecho de retención no impide el ejercicio de los privilegios generales (art. 3946)*, que pueden ejercerse en la medida que las leyes los han establecido.

(Art. 3946.) Es necesario tener presente que el derecho de retención es una causa de preferencia, no un privilegio, y hemos dicho que esa preferencia sólo puede ejercerse en concurso con los acreedores quirografarios, y que cede el paso á cualquier acreedor privilegiado; este es el principio consagrado por el artículo que estudiamos; pero con una limitación que es necesario explicar. El artículo dice: el derecho de retención no impide el ejercicio de los privilegios *generales*. Y uno se pregunta inmediatamente: ¿Están excluidos los especiales? Por ejemplo, el que ha hecho gastos de absoluta necesidad para la conservación de la cosa, sin los que ésta no habría existido, ¿cederá su paso al que tuviera el derecho de retención sobre la cosa conservada? No lo creo; porque el conservador tiene privilegio sobre el prendario, locador, etc., cuando éstos tenían conocimiento del crédito del conservador, art. 3902; luego, pues, en el caso de los privilegios *generales*, la retención no impide el ejercicio, y tampoco en el caso de los especiales, cuando no dependan éstos de la tenencia de la cosa.

El derecho de retención puede ejercerse tanto sobre los muebles como sobre los inmuebles, y el principio que acabamos de sentar se muestra con mayor evidencia, cuando el constructor retuviera la casa construida, y la ejecutara el acreedor hipotecario; el derecho del constructor cedería su paso al hipotecario que tiene privilegio especial.

Es entendido que el derecho de retención, ó la causa de preferencia que se acuerda al acreedor, cede su paso á los que tienen privilegio general sobre los muebles é inmuebles, á los que lo tienen únicamente sobre los muebles, y finalmente á los que tienen privilegios especiales.—Comp. TROPLONG, I, 257.—Véanse arts. 3939 y 3942.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3946.—Véase el art. 3913 y su nota.

SECCIÓN TERCERA

DE LA ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS REALES
Y PERSONALES POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO

TÍTULO PRIMERO

DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS COSAS Y DE LAS ACCIONES
EN GENERAL

§ 1071.—GENERALIDADES

La prescripción ha sido considerada por algunos como de derecho natural; en el comentario nos decidimos por la doctrina contraria que la reputa como de derecho civil; otros han creído que la prescripción es una consolidación de la propiedad, y nosotros la consideramos, siguiendo la doctrina del Código, como un medio de adquirirla, como un verdadero título de adquisición, á semejanza de la compra ó de la permuta.

Como una prueba de la honestidad de nuestras costumbres, que desgraciadamente van desapareciendo, la prescripción liberatoria no era alegada por las personas honorables, que reputaban como una falta el acogerse á ella, y sin embargo esas mismas personas consideraban propio y justo el alegar la prescripción adquisitiva cuando su título era vicioso.

La prescripción adquisitiva ó usucapión es un medio para adquirir los derechos reales; es decir la propiedad ó las fracciones del derecho de propiedad, como el uso, el usufructo, la habitación ó las servidumbres; mientras la prescripción propiamente dicha ó liberatoria no sólo liberta de los derechos personales, sino





también de los reales que la ley por excepción concede sin la posesión, como es el de la hipoteca. En ese sentido dice el **art. 3947, 1ª parte: *los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción***; es decir, la propiedad de una cosa ó una fracción de ella como el uso, ó el usufructo, etc., ó de libertarse por el tiempo de una obligación que pesa sobre una persona; por eso es que, *la prescripción es un medio de adquirir un derecho, ó de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo* (**art. 3947, últ. parte**), adquiriendo en el primer caso la propiedad ó una

(**Art. 3947.**) No es de una obra circumscripita á explicar los principios consagrados por el Código Civil Argentino, el entrar á tratar en sus bases fundamentales las doctrinas filosóficas en que se funda la prescripción. Así, no estudiaremos la cuestión debatida entre los más grandes jurisconsultos, sobre si la prescripción tiene su base y reposa en el derecho natural ó en el civil que lo crea y reconoce. Grocio, Wattel y Merlin sostienen que la prescripción es una creación exclusiva del derecho civil, que estando fundada sobre el tiempo, que por sí sólo no tiene virtud alguna eficiente para crear un derecho, ha debido ocurrir al derecho civil pidiéndole su sanción y reconocimiento, ó como dice Wattel, que la prescripción no es de derecho natural, porque *la naturaleza no ha establecido la propiedad de los bienes y particularmente la de la tierra*. Troplong hace esfuerzos y emplea todo su talento para demostrar la *eternidad* del derecho, y fundándose en ella, trata de probar que la actividad é inteligencia del hombre ponen el sello de su personalidad sobre la cosa que sujetan á su dominio, y que «la propiedad es la libertad del hombre ejercida sobre la naturaleza física; que tiene derecho al respeto de cualquiera, pues siente que lleva en sí mismo un derecho á una igual libertad. Que cuando se discute si la propiedad es de derecho natural, es como si se preguntase, si la libertad es la obra del derecho arbitrario!» A pesar del talento demostrado por este autor, la tesis contraria queda triunfante, á mi juicio; pero no hacemos sino indicar sintéticamente la cuestión. Estudiemos la definición.

Los derechos reales que están escritos en la cosa, porque forman, por decirlo así, la cosa misma, sin que se comprendan la hipoteca y el anticresis, que no tocan á la propiedad, ni la fraccionan, se pueden tener por la adquisición de la cosa. Así, el que ha adquirido la propiedad de una cosa de otro por el transcurso del tiempo, es porque el propietario de esa cosa la ha perdido, pasando ésta tal como se encuentra y con las obligaciones y gravámenes anexa, al nuevo propietario que



fracción de ella, y en el segundo extinguiendo la obligación que pesaba sobre la persona.

lo substituye. Esta disposición se funda en que es una cosa material, que puede poseerse y sale del patrimonio del que la tenía. Sucede lo contrario con los derechos personales y las garantías de la hipoteca, que no pudiendo poseerse materialmente, porque son intangibles, no se pueden adquirir por prescripción ni transcurso del tiempo; entonces el legislador ha ocurrido al medio de libertar al deudor, extinguiendo su obligación. En el primer caso, el poseedor á título de propietario adquiere la cosa de otro en virtud de actos de dominio ejercidos sobre ella, y la ley consagra esos actos sin tener en cuenta la buena ó mala fe del poseedor y sólo mide el tiempo transcurrido; en el segundo, se funda en la presunción de la renuncia del acreedor al derecho que ha dejado de ejercer, y declara libre al deudor de la obligación contraída; en este caso no hay adquisición sino liberación.

El art. 2219, Cód. Francés, define la prescripción diciendo: «es un medio de adquirir ó de libertarse por un cierto lapso de tiempo, y bajo las condiciones determinadas por la ley»; nuestro Código, siguiendo á Goyena, art. 1933, ha agregado á esta definición, á la palabra *adquirir*, las de, *un derecho*, y á la palabra *libertarse*, las de, *una obligación*, suprimiendo la última expresión del francés y de Goyena, *y bajo las condiciones determinadas por la ley*. Así, pues, se adquiere un derecho sobre una cosa que pertenece á otro y que antes no se tenía, porque la persona se apropia y la hace suya, poseyéndola para sí por un tiempo determinado; pero no se adquiere un derecho personal por el transcurso del tiempo, porque limitando la libertad de la persona no es posible poseerlo; sólo se llega á extinguir en el individuo la obligación que pesaba sobre él libertándolo del vínculo que lo ligaba. Habría sido más propio decir: «adquirir un derecho sobre una cosa», porque la usucapión tiene ese objeto.

La prescripción en su más lato significado comprende la usucapión que es la prescripción adquisitiva, y la prescripción propiamente dicha, ó la que extingue la obligación.

No creo, como los eminentes profesores Aubry y Rau, que la usucapión en vez de ser un medio para adquirir la propiedad de una cosa, sea un medio de consolidarla con la ayuda de la posesión; porque es precisamente á la posesión misma llenando ciertas condiciones: ánimo de poseer la cosa para sí á título de propietario, tiempo prescripto por la ley, posesión pacífica, pública, no interrumpida, etc.; todo ese conjunto de condiciones reunidas en un haz, forman lo que se denomina usu-



§ 1072. — DE LA PRESCRIPCIÓN PARA ADQUIRIR. — CAPACIDAD PARA PRESCRIBIR. — COSAS QUE PUEDEN PRESCRIBIRSE

Hemos dicho que la prescripción para adquirir era un medio conferido por la ley para hacer suya una cosa, por la posesión de ella, bajo ciertas condiciones; como la de ser continua, pública,

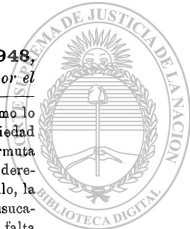
capción, que es realmente un medio de adquirir la propiedad. No hay consolidación de una propiedad que no se ha comenzado á adquirir, porque la detención de la cosa ó la posesión misma no da principio al derecho, que no existe ni nace con ella, y sólo se forma cuando se han llenado todas las condiciones que constituyen, por decirlo así, el título á la propiedad de la cosa. La posesión por sí sola no forma el título, como tampoco lo forma el tiempo transcurrido, ni sólo el ánimo de tenerla para sí; es á ese conjunto de condiciones que el legislador ha atribuido el poder de adquisición, y por eso no ha sancionado una expoliación, ni una usurpación desde que ha exigido tales condiciones, que el propietario, que pierde la cosa debe culparse á sí mismo de su abandono.

Cuando el artículo dice, que por la prescripción el individuo se libera de una obligación, se entiende que se refiere á las civiles, comerciales ó penales, sin comprender las que nacen de las relaciones de familia que no se prescriben ni se extinguen por el transcurso del tiempo.

La prescripción se funda sobre una presunción, no reposa sobre verdades demostradas, así dice Domat: «todas estas especies de prescripciones, que hacen adquirir ó perder derechos están fundadas sobre esta presunción, que el que goza de un derecho debe tener algún justo título sin el que no se le habría dejado gozar tanto tiempo; que el que deja de ejercer un derecho ha sido despojado de él por alguna justa causa». — Comp. LAURENT, XXXII, 1º y sig. VAZELLE, 1º y sig. — Véanse arts. 2524 nº 7, 8948 y 3949.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3947. — Véase L. 1, Tit. 29, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 2219. — De Luisiana, 3420 y siguientes. — Holandés, 1968. — Napolitano, 2125. — De Austria, 1451 y siguientes. — L. 3, Tit. 3, Lib. 41, Dig. — El Código de Prusia, conforme con el significado de la palabra prescripción, dice: «Por la prescripción se pueden perder unos derechos y adquirir otros». Art. 51, Tit. 9, Parte 1ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3947. — El derecho de exigir la cosa vendida, como personal, se prescribe á los diez años. — Jur. Civ., IV, 432. Sér. 5ª.



y sin los vicios de precario, y con ánimo de dominio; el **art. 3948**, la define así: *la prescripción para adquirir, es un derecho por el*

(**Art. 3948.**) La prescripción no es en realidad un derecho como lo enseña el artículo, sino uno de tantos modos de adquirir la propiedad de la cosa, como lo sería la compra y venta, la donación ó la permuta seguida de la tradición; viene á constituir el título ó el origen del derecho adquirido, cuando se trata de las cosas; por eso dice el artículo, la prescripción para adquirir, ó lo que generalmente se denomina usucapión, porque la liberatoria no se funda en la posesión, sino en la falta de ejercicio del poseedor del derecho.

La prescripción para adquirir ó la usucapión no se funda ni en la posesión, ni en la continuidad de ella, porque el arrendatario puede poseer la cosa por cuarenta ó cincuenta años continuos sin que jamás adquiera la propiedad de la cosa; se necesita que la posea para sí y como dueño; que la tenga públicamente; que no haya sido interrumpido por otro que se la hubiera tomado ó la reclamase judicialmente. Así, pues, la prescripción como medio de adquirir el dominio de una cosa inmueble (porque en las muebles la posesión vale por título), se funda en condiciones especiales que formando un haz, dan por resultado la propiedad y constituyen el título en que ésta se funda.

Por la prescripción para adquirir no sólo se obtiene la propiedad de una cosa inmueble, como dice el artículo, sino también los derechos reales; así, el usufructo, las servidumbres continuas y aparentes, el uso y la habitación, se adquieren por la prescripción. Estos derechos no pueden clasificarse como cosas, ni tampoco se consideran liberatorios. Así, pues, no sólo se adquiere la propiedad de los inmuebles sino algunos de los derechos reales fraccionarios de la propiedad.

Y así como se puede adquirir la propiedad de un inmueble por la prescripción, puede adquirirse la copropiedad; por ejemplo, cuando dos ó más personas poseyeran una cosa en común como propia y la prescribieran, ambos serían copropietarios, ó cuando uno de ellos con título legítimo y el otro sin él, la poseyeran en común, el que no lo tiene adquiriría la copropiedad por prescripción.

Nuestro artículo ha sido tomado literalmente del Cód. de Luisiana, art. 3421, con la única diferencia en la expresión: «por el cual el simple poseedor adquiere la propiedad de la cosa» como dice aquel Código y que el nuestro ha substituído «por el cual el poseedor de una cosa inmueble adquiere la propiedad de ella», armonizando así los principios enseñados por el mismo, de que en las cosas muebles no hay prescripción.



cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley, sin necesidad muchas veces de buena fe ni título alguno, porque ella misma forma y constituye un título de adquisición.

Como hemos dicho que la prescripción es un medio de adquirir, resulta que, *todos los que pueden adquirir pueden prescribir (art. 3950)*, de donde se deduce lógicamente que, *el Estado Ge-*

La continuación de la posesión para que la usucapión haga adquirir la propiedad, es la que importa el hecho de mantener la cosa en su poder sin interrupción, durante el tiempo prescripto por la ley; pero se agregará además, que el poseedor debe tenerla para sí, á título de propietario, y que si ha comenzado á poseerla por otro, no puede cambiar por su sola voluntad la causa de su posesión; que la posesión debe ser pública, y no clandestina; es llenando estas condiciones que puede llegar á servir de título para la adquisición de la cosa. Así, no bastará el tiempo y la posesión á título de dueño, cuando el poseedor ha comenzado á poseer á título de arrendatario, por ejemplo, y por muerte ó ausencia del propietario ha continuado sin pagar arrendamientos, pues por su propia voluntad no puede cambiar la causa, es necesario que haya actos extraños contra el propietario, ó sus presuntos herederos, ó contra los representantes legítimos.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 3421, LAURENT, XXXII, 1 á 7.—Véanse arts. 2351, 3252, 3947, 3999 y 4015.

En la usucapión, cumplidas las condiciones necesarias para formar el título, y adquirida la propiedad por el poseedor, el primitivo propietario queda desde ese mismo instante sin derecho alguno; es decir, su derecho se ha extinguido para renacer en el nuevo adquirente sin intervalo de tiempo.

(Art. 3950.) Este artículo demuestra la precipitación con que fué elaborado nuestro Código, pues al tomarlo literalmente de Goyena, art. 1935, y del art. 1453 del Austriaco, no se ha corregido el defecto que se nota sobre la diferencia entre la capacidad para adquirir y la de poseer; así, el concebido y no nacido es capaz de adquirir bienes por donación ó herencia, y no puede poseer sino por medio de sus represen-

Nota del Dr. Vélez-Sarsfield al art. 3948.—Cód. de Luisiana, arts. 3421 y 3422.—En las cosas muebles, valiendo la posesión por título, no tenemos prescripción de cosas muebles. Véase Zachariae, § 849 y nota 5.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3948.—Corresponde al que la alegue justificar la fecha desde la cual empieza á correr el término.—Jur. Civ., V, 5, Sér 3ª.



neral ó Provincial, y todas las personas jurídicas están sometidas á las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto á sus bienes ó derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción (art. 3951); porque gozan de

tantes. Esta idea la traduce claramente el Cód. Bávaro, al decir: «el que puede poseer puede adquirir por prescripción, aun por persona intermediaria». Desde que la posesión continua y pública es el fundamento de la prescripción para adquirir, es á esa calidad que ha debido referirse. Esta misma idea expresan Aubry y Rau, § 211 n° 1, que el doctor Velez-Sarsfield ha tenido presente según la nota, cuando dicen: «por lo mismo que toda persona física ó moral es capaz de adquirir inmuebles y poseer un patrimonio, toda persona también es admitida á prevalerse sea de la usucapión, sea de la prescripción».

Así es que la prescripción tiene lugar en todas las cosas que pueden ser objeto de una adquisición; pero no sobre las cosas que fueren de uso público ó estuvieren fuera del comercio, que no se pueden adquirir por prescripción.

Si las personas que son capaces de poseer pueden adquirir las cosas que pertenecen á otros por prescripción, se desprende como una consecuencia necesaria, que se puede prescribir contra toda persona física ó de existencia ideal, teniendo en cuenta los casos en que la ley suspende la prescripción por consideraciones de orden social.

La ausencia ó la presencia de la persona propietaria de una cosa, no influye en la naturaleza de la prescripción misma, sino sobre el tiempo que se necesita para adquirirla. Lo mismo se puede decir respecto de la ignorancia, porque se prescribe igualmente contra el que sabía era propietario, como contra el que lo ignoraba.

La regla que sirve de base al artículo se refiere más á la capacidad de poseer que á la de adquirir; porque el albacea de una testamentaria, por ejemplo, que es incapaz de comprar aun en remate público un bien raíz de la sucesión en que interviene, adquiriría por prescripción, pues tiene capacidad para poseer para sí; esto prueba que la proposición del artículo no es exacta, porque el que no puede adquirir por prohibición expresa, art. 1361, puede prescribir sin título, por treinta años de posesión.—Comp. LAURENT, XXXII, 11 y sig. POTHIER, *Prescripción*, n° 20.—Véanse arts. 41, 3951, 3964 y 3965.

(**Art. 3951.**) En el antiguo derecho español había las prescripcio-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3950.—Cód. de Austria, art. 1453.—Aubry y Rau, § 211.—Vazeille, *Prescripción*, n° 331.



los mismos derechos que los particulares en cuanto á la adquisición de los bienes ó su pérdida, teniendo presente que la persona jurídica privada sólo existe para los fines de su institución, y no puede ser objeto de delito sino con relación á los bienes.

nes ordinarias de diez á veinte años, que tenían lugar cuando existía justo título, y se operaba entre presentes y ausentes; las de largo tiempo que necesitaban treinta y cuarenta años; finalmente, las de larguísimo tiempo ó inmemoriales, como la de cien años. La primera de diez años entre presentes y veinte entre ausentes necesitaba título *colorado*, y así se llamaba al que tenía visos de verdadero título; pero en realidad sin fuerza de tal, como el que ha comprado una cosa del que creía verdadero dueño, pero que no lo era. La prescripción de treinta años con que se adquirían sin título las cosas poseídas de buena fe. La de cuarenta años servía para adquirir los bienes raíces de las iglesias, ó los de una ciudad ó villa, cuando no eran de uso común, así como el derecho de prenda. Finalmente, la de cien años ó la prescripción inmemorial por las que se adquirían las cosas raíces de la Iglesia romana, el señorío de ciudades y villas, así como la jurisdicción civil y criminal.

Afortunadamente nuestro Código ha borrado para siempre esos privilegios, que tenían su razón de ser en aquellos tiempos en que el Estado no estaba bien organizado, y era necesario rodearlo de privilegios, á fin de que no recibiera perjuicios. El Estado sea General ó Provincial se nos presentan bajo dos fases completamente distintas; como personas jurídicas que contratan y adquieren bienes, están sujetos á las mismas leyes que las personas de existencia visible, y no hay razón para que gocen de privilegios; pero como poderes públicos creados por la Constitución, con facultades limitadas para el gobierno de la sociedad, no pueden estar sujetos á las leyes civiles, ni los poderes que ejercen pueden ser objeto de una prescripción. Son tribunales políticos los que deben juzgarlos, con arreglo á las leyes constitucionales, y en cuanto á los daños y perjuicios que causaren los mandatarios por faltas ó delitos en el ejercicio de sus funciones sólo pueden ser demandados cuando el Congreso ó la Legislatura de la Provincia, en su caso, los hayan depuesto y desaforado entregándolos á la justicia ordinaria.

Y para que se vea hasta dónde llega la influencia de las antiguas leyes, aun en los espíritus mejor preparados, que han recibido la instrucción bajo el derecho español, y cuán difícil es abarcar en su conjunto las nuevas leyes, citaremos el caso de uno de nuestros jurisconsultos que bajo la nueva legislación pretendía aplicar la ley 7, tit. 29, Part. 3ª, sosteniendo que los bienes privados del Estado sólo se prescribían por



Como el que deja adquirir por otro un bien que le pertenece, en cierto modo lo enajena, pues pasa á ser de ese otro, de ahí resulta que, *todo el que puede enajenar, puede remitir la prescripción ya ganada, pero no el derecho para prescribir para lo sucesivo (art. 3965)*, pues que perteneciéndole la cosa, se puede decir

cuarenta años, lo que sólo era cierto mientras nuestro Código no había adquirido treinta años; después de 1901, la más larga prescripción no pasa de treinta años.

Pero si bien el Estado General ó Provincial han perdido sus privilegios con relación á los bienes particulares que adquieren por cualquier título, privilegios que les causaban más perjuicios que beneficios, porque dejaba abandonados é incultos los campos, en cambio se han sacado del derecho común todas las facultades que son inherentes al poder público, así como las propiedades que no son susceptibles de apropiación privada, como las calles, plazas públicas, riberas y todo bien que está destinado al uso público; en una palabra, sólo pueden adquirirse por prescripción los bienes privados de que hablan los arts. 2342 y 2343, aunque respecto de ellos se puedan hacer algunas excepciones.

Algunos escritores argentinos han considerado como impolítico é inconveniente la aplicación del art. 4015, á las cosas del Estado, sin recordar, tal vez, que en un país nuevo como el nuestro, es necesario fomentar la población, y dar á los habitantes la seguridad en la propiedad de las cosas poseídas; que convenía más al interés nacional la población del desierto, el trabajo de la tierra inculta y el pago de las contribuciones, que la producción trae consigo, antes que mantener inactiva la tierra de que los gobiernos se hicieran dueños por la conquista. Es por el contrario un acto político, porque alienta al habitante á ocupar la tierra desierta, poblándola y haciéndola productiva, enriqueciendo así á la nación. La prescripción de la tierra fiscal por un tiempo que no pasara de veinte años habría dado resultados, tal vez maravillosos, exigiendo población, cerco ó delimitación judicial. — Véanse arts. 35, 41, 42, 3950, 4015 y 4051.

(**Art. 3965.**) El artículo habla de la prescripción adquirida, que es un derecho y no una mera esperanza. Por mi parte he sostenido que la renuncia de la prescripción era una enajenación, ó importaba lo mismo, desde que el adquirente se desprendía de un derecho que le pertenecía,

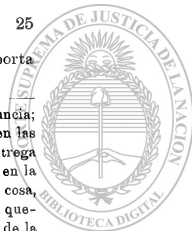
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3951. — Goyena, art. 1493. — Cód. Francés, 2227. — Holandés, 1963 y 1961. — Troplong, sobre el art. 2227.

que la vuelve á entregar al que dejó de ser dueño, lo que importa una verdadera enajenación.

y formaba parte de su patrimonio, privándose de él por la renuncia; pero difiere en la manera de operarse la transmisión. En efecto, en las enajenaciones de bienes raíces se necesita la transmisión por la entrega de la cosa y el otorgamiento de la escritura respectiva, mientras en la renuncia á una prescripción adquirida basta con la entrega de la cosa, pues que el título existe. Pero si el adquirente por prescripción ha querido formarse un título para cambiar la inscripción en el Registro de la propiedad, y se presentara al juez acreditando su posesión tranquila de más de treinta años, declarándolo propietario de la cosa é inscribiéndose esa sentencia, la sola renuncia á la prescripción no causaría la mutación del dominio, sería necesario que el juez en vista de ella mandase inscribir el nuevo título. Baudry-Lacantinerie y Tissier opinan que «si la renuncia á la prescripción no es una enajenación, al menos se parece mucho, porque tiene por consecuencia, sea de impedir que el bien entre en el patrimonio del renunciante, lo que bajo el punto de vista del resultado equivale á hacerlo salir de él, sea de imponer á este mismo patrimonio una carga de la que habría podido libertarse invocando la prescripción, lo que equivale á enajenar los bienes que será necesario sacrificar para ejecutar la carga». De cualquier modo que se considere la renuncia importa una enajenación.

Debemos observar, no obstante, con relación á los representantes necesarios de los incapaces, que si bien la ley les prohíbe enajenar por sí mismos los bienes que por ocasión de sus funciones estuvieren bajo su administración, exigiéndoles autorización judicial y determinadas formalidades, los bienes adquiridos por la prescripción se pueden perder por el hecho de no deducir la excepción, porque el juez no la suple de oficio, como se dijo en el artículo anterior. De modo que si el tutor ó curador en su caso, ó el Ministerio de Menores, no han deducido la prescripción en nombre del incapaz, éste será privado de la cosa adquirida, teniendo derecho para ir contra su tutor ó curador.

¿Se puede renunciar á una prescripción que no se ha ganado aún? Se renuncia á un derecho adquirido, porque esa renuncia importa la privación del derecho; pero cuando es una mera expectativa que puede desaparecer, la renuncia importaría el privarse de una esperanza. Así, una prescripción comenzada y que no se ha cumplido, no se renuncia en la verdadera acepción de la palabra, sino que se interrumpe por el reconocimiento que se haga del derecho. Cuando el deudor á quien no se le ha cobrado durante nueve años, reconoce la deuda por un acto nuevo y





Ya hemos dicho que la prescripción para adquirir sólo tiene lugar con relación á los inmuebles, y que importa la adquisición

se obliga á pagarla, ha interrumpido la prescripción dejando sin efecto el tiempo corrido anteriormente, para volver á comenzar desde el último acto realizado.

Por este artículo se prohíbe renunciar á la prescripción en general, de modo que el contrato hecho entre dos personas por las que una se obligase á no alegar la prescripción sería de ningún valor; porque no se renuncia á las leyes en cuya observancia está interesado el orden público y las buenas costumbres. Eso es lo que importa la regla de que no se renuncia el derecho de prescribir para lo sucesivo; es necesario que el derecho se haya adquirido, y cuando se está en vías de adquirirlo, la renuncia al tiempo corrido no sería tal, sino simplemente una interrupción, que dejaría sin efecto ese tiempo.

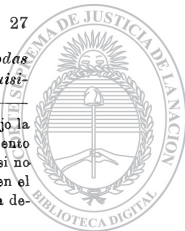
Tratándose, pues, de la renuncia que importa una enajenación del derecho adquirido, se necesita en el renunciante capacidad de enajenar, porque en el fondo hay una enajenación; por eso hemos sostenido que los representantes de los incapaces sólo pueden hacer la renuncia con las formalidades necesarias para las enajenaciones en los mismos casos. Troplong sostiene, fundado en la autoridad de M. Hua, Consejero de la Corte de Casación Francesa, que no se puede renunciar á una prescripción adquirida por un incapaz, aunque sea con la autorización judicial y llenando las demás formalidades. Plantea la cuestión bajo estas dos fases: «¿Está en el poder de los que son propuestos para la guarda de los intereses del interdicto, el no oponer la excepción que ha extinguido la obligación civil? ¿Pueden igualmente renunciar á la adquisición que la prescripción habría consolidado en las manos del menor?» Resolviéndolas por la negativa, de la que me separo con relación á la primera cuestión. Por nuestro derecho, el legislador ha colocado á los incapaces en la misma categoría de los capaces, determinando la forma para hacer desaparecer la incapacidad. No ha dicho en parte alguna del Código que los errores ó negligencias de los guardadores en la gestión de los negocios que desempeñan, anulen y dejen sin efecto esos actos; por el contrario, ha manifestado expresamente que sólo son responsables los tutores ó curadores con sus bienes propios. Ahora bien, en un juicio de reivindicación ó en el cobro de un crédito, el tutor ó curador no interponen la excepción de prescripción entre las diversas defensas, porque la creen inútil, ni menos lo hace el Ministerio de menores, y las excepciones son rechazadas. ¿Se podría decir acaso, con Troplong, que no habiendo estado en la mano del tutor el dejar de oponer la prescrip-

de la propiedad; por consiguiente sólo *pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio ó posesión puede ser objeto de una adquisi-*

ción, el juicio sería de ningún valor? No lo creo, porque si no dedujo la prescripción porque tenía la excepción de pago exhibiendo el documento respectivo que resultó ser falso, el juicio resultaría concluido, y si no pudiera deducirla ante el Tribunal de Apelación por encontrarse en el caso del art. 3962, el incapaz habría perdido el pleito y sólo tendría derecho para ir contra su representante.

¿Pueden los interesados acortar el tiempo de la prescripción, por medio de un contrato? El Cód. Civil Alemán, art. 225, concede esta facultad, pero prohíbe que se pueda excluir ni restringir la prescripción por un acto jurídico. Como es una facultad que alteraría una ley de orden público que está fuera de la acción de los particulares, se necesitaría una disposición expresa para acordarla. Así como no se puede renunciar á la prescripción, y deberá correr apesar de la renuncia desde el momento en que se hubiere hecho, sería nula la estipulación por la que se acortase el tiempo de la prescripción. No estudiamos el caso sobre si sería ó no conveniente acortar esa facultad, sostenemos que no estando concedida no podemos considerar válido el acto por el que se la renunciase de antemano ó se la restringiera acortando el tiempo ó prolongándolo. Es necesario que el derecho se adquiera, que entre en el patrimonio del individuo para que pueda renunciarse; en ese caso deja de ser de orden público el derecho renunciado, pertenece á un particular que puede renunciarlo. El Cód. Chileno, art. 2492, dice con más propiedad: «la prescripción puede ser renunciada expresa ó tácitamente; pero sólo después de cumplida»; excluyendo así toda renuncia ó alteración anterior. — Comp. GOYENA, art. 1940, LAURENT, XXXII, 200 y sig., BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, 53 y sig. — Véanse arts. 872, 953, 1881 y 3963.

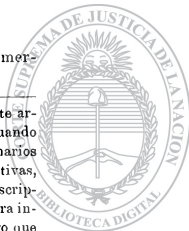
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3963. — Cód. Francés, arts. 2220 y 2221. — Napolitano, 2127. — Holandés, 1984 y 1985. — Renunciar á una prescripción cumplida, es renunciar al objeto mismo que la prescripción ha hecho adquirir, y por consiguiente puede hacerlo el que tenga capacidad para enajenar. Pero renunciar con anticipación á la prescripción es derogar por pactos una ley que interesa al orden público, y autorizar convenciones que favorecen el olvido de los deberes de un buen padre de familia, fomentando la incuria en perjuicio de la utilidad general. Si se permitiese tales renunciaciones, vendrían á ser de estilo en los contratos, y la sociedad quedaria desarmada, desde que se le quitaba su más firme apoyo. — Véase Troplong, sobre los arts. 2220 y 2221. — Vazeille, *Prescrip.*, desde el n° 330.



ción (**art. 3952**); porque si las cosas estuvieren fuera del comercio, ó fueren de uso público no podrían adquirirse.

(**Art. 3952.**) Se nota una incorrección en la redacción de este artículo, porque sólo comprende las cosas que puedan ser poseídas, cuando se adquieren igualmente por prescripción ciertos derechos fraccionarios de la propiedad, como el usufructo, el uso y las servidumbres activas, que no son cosas. Es cierto que en general las facultades son imprescriptibles, porque el no uso de un derecho necesario de que se encuentra investido el individuo, no implica jamás la pérdida de él por largo que sea el tiempo que no lo haya usado; así, el propietario de un terreno vacío que no ha edificado durante treinta años, no pierde ni limita su derecho por el no uso; pero este principio no es absoluto, porque hay ciertos casos en que se debe admitir esa limitación; por ejemplo, cuando un individuo obrando activamente y ejecutando ciertas obras ha venido á limitarlo; así el dueño de una fuente cuya agua ha dejado correr por los terrenos inferiores, si uno de los dueños de éstos hubiera hecho trabajos y utilizado su corriente durante treinta años continuos, podría oponerse á que el dueño de la fuente impidiera que corriese por el mismo lugar; así lo ha decidido la Corte de Casación francesa en una notable sentencia de Febrero 27 de 1854. Troplong, apoyando esta tesis dice: «es necesario responder que mientras este goce no se apoye sobre trabajos aparentes de naturaleza á despertar la atención del propietario, y á mostrarle una voluntad bien determinada de limitar su derecho, él ha podido reposar sobre la facultad que tiene todo propietario de usar de su cosa como mejor le pareciera». Es necesario, pues, actos visibles y constantes para limitar el derecho del propietario. Esto mismo tiene lugar en las servidumbres continuas y aparentes que se adquieren por la prescripción de treinta años, sin ser cosas, como dice el artículo.

Si bien hemos admitido en general la imprescriptibilidad de las facultades naturales ó las provenientes de la ley, con las limitaciones que acabamos de señalar, vamos á estudiar en seguida la prescriptibilidad de las facultades que el individuo adquiere por contrato. ¿Qué es una facultad que un individuo se crea él mismo sobre un tercero?, se pregunta Troplong. Es un derecho que sujeta la persona de ese tercero. Toma su punto de partida en el contrato generador de la obligación; es dominado por él, y se resuelve en una acción para forzar al obligado á mantener su promesa. Todas estas acciones son prescriptibles: pasados treinta años ellas se extinguen. Se ve que entre las facultades convencionales y las que son facultades verdaderamente imprescriptibles hay una enorme y profunda diferencia». En efecto, las facultades que pro-



§ 1073.—DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA.—DESDE CUÁNDO
COMIENZA

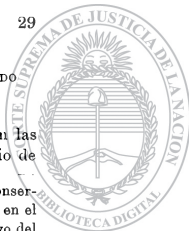
Como únicamente pueden ser objeto de una adquisición las cosas que están en el comercio, y que se adquieren por medio de

vienen de la naturaleza ó de la ley no necesitan de ejercicio para conservarlas, existen en potencia en el individuo que puede ejercerlas en el momento que crea oportuno obrar, porque no hay un sujeto pasivo del derecho cuya libertad coarte, son la masa general de los individuos que están obligados precisamente á soportar el ejercicio de un derecho que la naturaleza ó la ley les han conferido. Así se ha decidido por los tribunales franceses, que cuando un individuo ha vendido á otro una propiedad con el derecho de construir dos hornos sobre la propiedad limítrofe del vendedor, esa facultad se pierde por la prescripción.

Es necesario hacer una distinción esencial entre las cosas que son del dominio común de los habitantes, porque prestan un servicio público, como el agua de los ríos y cosas semejantes, y que si bien son susceptibles de una posesión ó apropiación privada no pueden prescribirse, de las cosas que pertenecen á los particulares, y á las que se refiere el artículo.

No pueden prescribirse las cosas que están fuera del comercio, aunque sean susceptibles de posesión. Tampoco se prescribe el derecho de pedir la división, mientras dure la acción de los comuneros; es necesario que uno de ellos haya prescrito la cosa ejerciendo actos de dominio poseyéndola exclusivamente. Es imprescriptible; el derecho de hacer correr las aguas naturalmente sobre los fundos inferiores; el de cortar las vertientes en su propio terreno aunque alimentasen el pozo del vecino; el derecho de disecar su propio terreno, levantándolo; el de preservar su terreno de las inundaciones; el derecho de cercar su terreno y encerrarse. Los derechos que confieren las leyes de orden público, ó que se fundan en las buenas costumbres son imprescriptibles y eso es lo que importa en parte la regla de que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra leyes de orden público, y aunque el violador de la ley pueda salvarse de la pena impuesta ó de los daños y perjuicios, eso no le hace adquirir el derecho para volver á faltar. Las leyes que reglan el estado de familia son de esta clase, y por esa razón es imprescriptible la acción relativa á la reclamación de estado ejercida por el hijo mismo, art. 4019 n° 2.

Con las limitaciones que acabamos de indicar se debe entender la





la posesión, no podrán serlo los derechos y acciones sino en cuanto van unidos á las cosas, para defenderlas ó para adquirirlas, así es que cuando esos derechos se reducen á limitar ó restringir la libertad individual produciendo una obligación, la prescripción no tiene por objeto una adquisición, sino que liberta al individuo de cumplir con la obligación impuesta por el contrato, por la ley, el delito ó el cuasi delito, por eso se dice que, *la prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, ó de ejercer el derecho al cual ella se refiere (art. 3949),*

regla contenida en este artículo, pues no basta que las cosas sean susceptibles de posesión para que sean prescriptibles. La misma nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de Troplong, nos indica las cosas que son imprescriptibles por su naturaleza misma ó por el destino, así como aquellas que lo son por la calidad de las personas á quienes pertenecen. — Véanse arts. 2343, 2400 y 3951.

(**Art. 3949.**) En la usucapión, el adquirente por actos sucesivos y no interrumpidos ejerce activamente su derecho, considerando la cosa como suya, y el propietario deja que esos derechos se ejerzan manteniéndose en la inercia; pero en la prescripción propiamente dicha: es decir, en la extintiva, el deudor que adquiere su liberación no ejerce acto alguno, y se funda en la negligencia, olvido ó perdón del acreedor; en

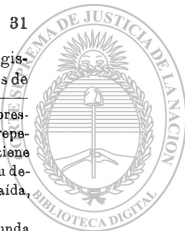
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3952. — Cód. de Austria, art. 1455. — El Cód. Francés, art. 2226, declara que no puede prescribirse el dominio de las cosas que no están en el comercio. Troplong, en el comentario de dicho artículo, dice: Hay cosas que son imprescriptibles por sí mismas, otras que no lo son sino por razón de su destino, y otras por razón de las personas que las poseen. Las cosas imprescriptibles por sí mismas, son aquellas que por destino natural pertenecen á todo el mundo, y no son susceptibles de apropiación privada, como la mar, la libertad del hombre, etc. Las cosas imprescriptibles por razón de su destino, son aquellas que por sí mismas admiten la propiedad privada: pero que por un destino accidental, están retiradas del comercio y afectas al uso público, como los caminos, las calles, etc. Mientras estas cosas se conservan afectas al servicio público, permanecen imprescriptibles; mas como su destino es por el hecho del hombre que lo ha creado, puede también el hombre destruirlo. Las cosas que no son prescriptibles por razón de las personas que las poseen, son las que pertenecen á personas privilegiadas, contra las cuales no corre la prescripción. En tal caso, sólo hay una suspensión temporal de la prescripción. Cuando el privilegio cesa y la persona entra en el derecho común, la prescripción sigue su curso y continúa su acción. — Véase Vazeille, *Prescripción*, n.ºs 96 y 102.

de modo que el obligado se libera de cumplirla, ya porque el legislador ha supuesto que se ha cumplido, cuando la obligación es de

una palabra, en un acto negativo; por eso el Código coloca esta prescripción en el número de las defensas ó excepciones, destinadas á repeler las acciones que se dirijan contra el deudor, quien no puede ni tiene derecho para accionar contra el acreedor; cuando éste usando de su derecho quisiera obligar á su deudor á cumplir con la obligación contraída, recién puede defenderse con la excepción de prescripción.

La prescripción liberatoria tiene de característica, que no se funda en la posesión, sino en la inacción del acreedor durante el tiempo prescripto por la ley, en que supone remitida la obligación que ligaba á la persona; jamás obra activamente para adquirir la libertad, como en la usucapión para la propiedad. Se puede decir que en su modo de manifestarse ante la justicia es idéntico; porque en ambos casos, sea usucapión ó prescripción extintiva, se deducen como simples defensas; así cuando se reclama una cosa poseída por otro, el poseedor al alegar la usucapión, si bien demuestra haber adquirido la cosa por la posesión durante el tiempo prescripto, en realidad opone una excepción ó defensa, no deduce una acción. Aubry y Rau, al sostener que la usucapión tiene por efecto consolidar la adquisición preexistente, cuya idea he combatido en el artículo anterior, enseña como una consecuencia, que la usucapión confiere una acción y una excepción, cuando en realidad sólo da una defensa opuesta al propietario que reclama la cosa perdida por la acción del tiempo, y el hecho de la posesión á título de propietario.

Es necesario tener presente que la prescripción liberatoria sólo se aplica á las obligaciones que limitan la libertad individual, y que son el efecto de una convención; las que la ley impone como el resultado de los vínculos de familia, no están sujetas á prescripción; sin embargo, el Código establece prescripciones para las acciones que nacen de actos jurídicos incompletos y que pueden reclamarse, confirmando ó consolidando en este caso el derecho preexistente, como sucede con la nulidad de las obligaciones contraídas por las mujeres casadas, art. 4081, y otras semejantes, que no pueden alegarse cuando ha pasado el tiempo en que debieron reclamarse. En estos casos debe hacerse la distinción siguiente: cuando el acto adoleciera de alguno de los vicios del consentimiento en que puede anularse por reclamación de las partes, si el que tiene derecho para demandar su anulación no lo hiciere dentro del término señalado por la ley, una vez que haya desaparecido la causa que impedía hacerlo, la ley lo declara confirmado suponiendo que se ha renunciado á pedir su anulación. Así, por ejemplo, la acción de nulidad por los vi-





aquellas que no tienen documento, ya porque supone que se ha abandonado. Tiene de especial esta prescripción, el que no puede

cios de error, violencia, dolo ó intimidación, se pierde á los dos años de haber cesado la violencia ó conocido el error; pero cuando se trata de los actos nulos, que se reputan como si no hubieran existido, jamás pueden confirmarse por el transcurso del tiempo; necesitan de la voluntad expresa de las partes repitiendo, por decirlo así, el mismo acto, y eso sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros en el tiempo intermedio. Así, pues, los actos nulos no se validan jamás por lá prescripción, aunque las cosas sobre que versaren se adquirieran por el transcurso del tiempo; por ejemplo, el que ha adquirido un inmueble legado por un testamento nulo por sus formas, puede ser demandado por reivindicación; pero si bien no puede rechazar la acción fundándose en el título nulo, si ha poseído la cosa durante treinta años sin interrupción, puede rechazar la demanda fundado en la prescripción; quiere decir entonces que si la acción de nulidad no se prescribe, la cosa que va anexa á esa acción se pierde por el tiempo.

Y aquí recordaremos la doctrina sostenida en esta obra, de que no hay nulidad absoluta ni relativa, sino actos nulos ó anulables; que ambos son confirmables, una vez que haya desaparecido la causa que los anulaba.—Véase el comentario al art. 1047.

La prescripción liberatoria se aplica únicamente á las acciones para rechazar las que se intentaren contra el demandado; porque respecto de las excepciones se sigue la regla del derecho romano; *que temporalia sunt ad agendum perpetuum sunt ad excipiendum*; pues no se le puede reprochar al que tiene este medio de defensa, que no lo haya ejercido desde que no se le ha atacado; por eso es que el derecho se lo concede perpetuamente; necesita de la reclamación para ponerse en movimiento y defenderse. Sin embargo, debemos decir, que Duranton y Marcadé sostienen que esa máxima no puede invocarse en derecho francés; pero Merlin y Troplong la admiten, porque sería injusto, dicen, forzar al demandado que tiene la posesión, á entablar una lucha con un adversario que no manifiesta intención agresiva, y que por otra parte puede ser desconocido. — Comp. TOULLIER, VII, 600. MERLIN, *Rep. V.º Prescripción*, Sec. 2, § 25. TROPLONG, 827.—Véanse arts. 2924, 3497, 4017 y 4020.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3949. — Aubry y Rau, § 210, Zachariæ, § 855.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3949.—Véase fallo al art. 3947. — Jur. Civ, IV, 432, Sér. 5ª.

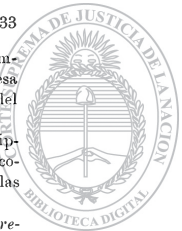
obrar como acción, porque el individuo que ha recobrado su completa libertad nada puede reclamar, pues la ley protege esa libertad concediéndole una excepción para repeler la acción del que intenta obligarlo.

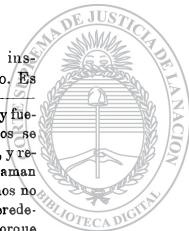
Cuando se trata de determinar el tiempo en que la prescripción liberatoria comienza á correr, ó desde que el individuo comienza á perder la cosa poseída por otro, se debe atender á las reglas siguientes:

1^a *Los derechos no pueden reclamarse sino en calidad de heredero ó donatario de bienes futuros, como también aquellos cuyo ejercicio está subordinado á una opción que no puede tener lugar sino después de la muerte de la persona que los ha conferido, no son prescriptibles, sino desde la apertura de la sucesión sobre la cual deben ejercerse (art. 3953);* porque el derecho está en sus-

(Art. 3953.) Este punto es de grande importancia en la materia de prescripción, porque sirve de fundamento para los ocho artículos que le siguen, determinando el momento en que comienza la acción extintiva.

En principio general, una acción no nace sino cuando el derecho ha sido lesionado; porque la acción es concedida como un remedio adecuado de defensa para los casos en que el derecho fuera desconocido; la acción lo completa, por decirlo así, y le da vida poniéndolo en movimiento, y para que exista, para vivificarlo y defenderlo, es necesario de dos elementos: la existencia real del derecho, y su desconocimiento. Mientras el derecho no se ha adquirido, es una mera expectativa; no ha entrado á formar parte de nuestro patrimonio, ni podemos perderlo, ni la ley puede autorizarnos para defender lo que no nos pertenece. Así, pues, es de absoluta necesidad que el derecho nazca para que el poseedor sea investido de la acción; por eso los hijos del donante no pueden ejercer acción alguna contra el donatario, por más enorme y desproporcionada que parezca la donación con relación á los bienes presentes; porque mientras viva su padre ellos sólo tienen un derecho en expectativa que la ley puede alterar ó quitar por su propia autoridad. Cuando el donante ha fallecido sucediéndole sus herederos forzosos, recién tienen derecho para investigar, si la donación entra en la porción disponible de su causante y no perjudica las legítimas; recién desde ese instante los herederos incorporan á su patrimonio particular los derechos de su ascendiente, y su inacción desde entonces es tenida en cuenta para la prescripción liberatoria con relación á lo que se deba á la suce-





penso hasta que el acontecimiento se realice; y es desde ese instante en que se puede poner en movimiento para reclamarlo. Es

sión, ó para la usucapión respecto de las cosas que le pertenezcan y fueran poseídas por otros á título de propietarios. De estos principios se deduce, que si el testador donó, entre vivos, á un tercero una casa, y resulta que á su fallecimiento no tenía bienes, si los herederos reclaman la casa, el donatario que la ha poseído por más de cuarenta años no puede alegar la prescripción, porque ésta sólo comienza para los herederos desde la apertura de la sucesión. La razón es, dice Troplong, porque antes de la apertura de la sucesión no hay ni herederos, ni derecho á la reserva (legítima forzosa), ni posibilidad de partición. Y como herederos presuntivos, ¿podrían ejercer actos conservatorios antes de la apertura de la sucesión? No tienen sino esperanzas inciertas y no un derecho formado. No tienen ni aun la calidad. Digamos más!! la ley considera como inmorales, todos los hechos que demuestran un deseo demasiado vehemente de suceder... Como, pues, dispensarse de aplicar la regla *contra non valentem?*

Cuando el artículo dice: «los derechos que no pueden reclamarse sino en calidad de heredero», se debe entender que se refieren á los que dependen de una sucesión, y que sólo comienzan á tener efecto desde la apertura de ella, y que antes no han existido sino como meras expectativas. Y aunque en esas palabras sólo comprende á los derechos que se adquieren con la calidad de heredero, veremos más adelante como este principio no es sino una consecuencia del que hemos sostenido en este comentario, de que la prescripción no puede comenzar sino con el nacimiento del derecho.

En cuanto á la expresión de «donatario de bienes futuros» que usa el artículo, puede tomarse en dos sentidos: 1º, cuando se donan bienes presentes para que los adquiera el donatario después de la muerte del donante; 2º, cuando se donan bienes que el donante espera ó debe recibir por actos ó hechos que no dependen de su voluntad, en que el donatario adquiere el derecho que está sujeto á la eventualidad. El primer caso no puede tener lugar según nuestro Código, sino entre marido y mujer, art. 1217, porque las donaciones de bienes futuros son nulas según el art. 1800. En cuanto al segundo es permitido donar el derecho eventual sobre bienes que no se han adquirido, pero que pueden adquirirse; así, por ejemplo, se puede donar lo que corresponderá al donante en las ganancias de una sociedad comercial; porque si bien no se sabe si las habrá, el donante se desprende actualmente de un derecho que le corresponde; en este sentido se pueden donar los dere-

un derecho que existe en su plenitud, no como en los casos en que está sujeto á una condición, que puede ó no llegar á ser efectivo; en el presente el derecho existe, sólo espera el momento de ponerse en acción.

2ª *La prescripción de la acción hereditaria de los herederos instituidos, ó de los herederos presuntivos del ausente, no principia para estos últimos sino desde el día en que se les hubiese dado la posesión definitiva de los bienes del ausente, y para los herederos,*

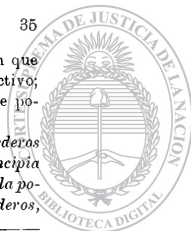
chos eventuales, sujetos á una condición. La prescripción en estos casos sólo correrá desde que el derecho se ha adquirido definitivamente, aunque la ley conceda al donatario derechos conservatorios para impedir que la cosa desaparezca.

Los derechos sujetos á una opción que debe tener lugar después de la muerte de la persona que los ha conferido, como no han nacido aun, y esperan el acontecimiento previsto para manifestarse, no es posible aplicarles la prescripción; así no se pueden extinguir desde que el derecho no ha aparecido, ni tampoco adquirirse por un tercero por la misma razón.

Como veremos más adelante, son dos ideas completamente distintas: la de imprescriptibilidad que hace imposible la adquisición de una cosa, y la de suspensión de la prescripción, que también impide la adquisición; ésta se refiere únicamente á ciertas personas á quienes el legislador, por razones de orden público, las ha garantido contra la prescripción, mientras estén en las condiciones indicadas. Siendo la prescripción un medio de adquirir y aun de enajenar, la ley que ha prohibido por ejemplo á los menores el hacerlo, no podía permitir que lo realizasen por medio de la prescripción, y por esa razón la ha suspendido; es decir, no corre durante la menor edad; pero una vez desaparecida, vuelve á continuar sin contar el tiempo intermedio.

El artículo ha sido tomado literalmente de Aubry y Rau, § 213, quienes traen como una consecuencia del principio general sentado, los artículos que vienen en seguida, y que son un desenvolvimiento de esta regla: para que un derecho pueda perderse por una persona, es necesario que ese derecho exista y pueda ser defendido. — Comp. VAZEILLE, *Prescripción*, n° 300. LAURENT, XXXII, 34. — Véanse arts. 1796, 1800, 3536, 3954 á 3959.

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 3953. — Aubry y Rau, § 213. — Marcadé, sobre el art. 2257, n° 3. — Véase Troplong, sobre dicho artículo. n° 800.





desde que la sucesión se abrió (art. 3954); porque los primeros no son herederos sino desde la muerte de su causante en que el derecho queda irrevocable, y los segundos desde que se les entre-

(Art. 3954.) El artículo comprende dos casos para la prescripción de la acción hereditaria ó de petición de herencia: 1º, cuando haya herederos instituidos en un testamento válido; 2º, si hubiere herederos presuntivos de un ausente, que hayan sido puestos en posesión definitiva de los bienes dejados. No habla de los herederos legítimos, que pudieran haber entrado en posesión de la herencia por inacción de sus otros coherederos del mismo grado, ó cuando hubiesen excluido á los de grado más próximo, por su inacción en ejercer sus derechos. Vamos á estudiar estos casos separadamente.

La acción de petición de herencia tiene por objeto reclamar la universalidad jurídica que se llama sucesión, sea en su totalidad, ó en la parte que le correspondiera al demandante, sea que excluya á los herederos que la posean, ó concurren con ellos para dividirla.

Cuando la acción de petición de herencia se fundare en un testamento por el que se ha instituido herederos á los reclamantes, ¿desde qué tiempo corre la prescripción á su respecto? El artículo dice, desde que la sucesión se abrió, ó lo que es lo mismo, desde que falleció el testador, porque en ese instante se puede decir que ha nacido el derecho de los herederos para reclamar los bienes, y han podido ejercerlo; antes era una expectativa de que pudieron ser privados por la ley ó por un acto voluntario del testador. Así, el que ha poseído uno de los bienes que forman parte de la herencia, ó el que á título de heredero ha sido puesto en posesión de ella por el juez, puede alegar la prescripción adquisitiva cuando fuere demandado por el instituido, demostrando que ha poseído las cosas como propias durante treinta años sin título, ó por veinte años cuando se tratare de ausentes y se exhibiera título de adquisición, ó por diez años entre presentes, con título. Se comprende que al heredero testamentario se le pueda alegar la prescripción únicamente desde la muerte del testador, porque recién ha nacido su derecho; antes no existía ni podía ejercerse. ¿Cómo podría alegársele descuido ó negligencia en el ejercicio de un derecho que no tenía?

El artículo habla de los herederos instituidos, pareciendo separar á los forzosos ó legítimos en grado sucesible; pero no hay razón para hacer distinción alguna, pues unos y otros se encuentran en las mismas condiciones desde que su derecho nace, en los unos, del testamento que los reconoce herederos y que viene á adquirir su fuerza por la muerte del testador; en los otros del parentesco, porque son llamados por la ley cuando

garon los bienes como á propietarios; pero en uno y otro caso, deben exceptuarse las hipótesis en que la prescripción estu-
se encuentran dentro del 6º grado, y su derecho sólo comienza á existir desde el fallecimiento del causante.

Cuando se trata del patrimonio de un ausente con presunción de fallecimiento, la ley, obedeciendo á otros principios que tienen su explicación en el orden natural de los hechos, ha debido variar de criterio para hacer nacer el derecho á heredarlo. Comienza por averiguar el tiempo desde que se ha ausentado sin dejar apoderado, y en vez de proceder inmediatamente á encargar de la administración de los bienes abandonados á los herederos presuntivos, les exige la demostración de la ausencia por un tiempo determinado, para concluir con una declaración de fallecimiento presuntivo que únicamente tiene el alcance de conferirles la administración de los bienes. Su derecho á la posesión definitiva de los bienes dejados por el ausente sólo nace después de una previa declaración del juez fundado en uno de estos tres hechos que deben demostrarse: 1º, que han pasado quince años desde la desaparición del ausente; 2º, que han pasado quince años desde que se tuvo la última noticia de la existencia del ausente; 3º, que han pasado ochenta años desde su nacimiento; todo esto tendrá lugar cuando previamente se hubiera declarado el fallecimiento presuntivo del ausente.

El legislador no ha podido aceptar el mismo criterio para los casos en que no hubiere ausencia, porque entonces parte del hecho cierto de la muerte del causante, cuyo derecho se transmite desde ese instante á los herederos; mientras que cuando se ha declarado ausente con presunción de fallecimiento, los herederos sólo entran en posesión de la herencia con calidad de administradores, son todavía herederos presuntivos, porque no se ha abierto la sucesión definitiva, ni se les ha dado la posesión que los constituye propietarios. Esta diferencia se explica por la posición de los herederos y la del causante: de los herederos, porque no pueden ejercer derecho alguno, con excepción de los que corresponden á la administración de los bienes que tienen á título de herederos presuntivos; del causante, porque se ignora cuando ha fallecido, y se procede por inducción, pues á pesar de declarar el juez el fallecimiento presuntivo, señalando el tiempo en que ha podido ocurrir, no declara abierta la sucesión definitiva, ni entrega en propiedad los bienes á los herederos. Esto no importa oponer los herederos *presuntivos* ó legítimos á los instituidos, como lo han creído algunos, porque la misma regla se aplica á ambos, cuando se trata de un ausente, en que no entran en posesión definitiva sino después de las épocas que hemos





viera en suspenso, por causa de menor edad ó de incapacidad.

determinado. Así, por ejemplo, cuando una persona se ha ausentado de su domicilio ó residencia de la República, sin que se tenga noticia durante seis años, que es uno de los casos en que se puede pedir la declaración de ausencia por el cónyuge, los presuntos herederos legítimos ó los instituidos por tales en un testamento abierto; en ese caso el juez, previo los trámites, declarará el fallecimiento presuntivo, encargándolos de la administración provisoria, y para los herederos instituidos como para los legítimos rige el mismo principio: la prescripción comenzará á correr desde la posesión definitiva, y no desde la muerte presunta del ausente.

Es cierto que el artículo dice, hablando de los herederos presuntivos del ausente, que la prescripción no principia para ellos sino desde el día en que se les hubiese dado la posesión definitiva, y que hablando de los herederos instituidos en primer término parece exceptuarlos; pero sería caprichosa semejante interpretación, pues debe comprenderse que se refiere á los casos ordinarios de fallecimiento, en que se abre la sucesión inmediatamente.

Si suponemos que los herederos instituidos del presunto fallecido han tomado la posesión definitiva de los bienes por sentencia de juez competente, los herederos legítimos podrían reclamar la herencia desde esa posesión que ha declarado abierta la sucesión, y por consiguiente su derecho comenzará á prescribirse desde ese momento; lo mismo sucederá á los herederos legítimos que hubieren tomado posesión definitiva, que podrían ser demandados por los instituidos presentando el testamento.

¿Cómo debe entenderse la última parte del artículo que dice: «y para los herederos, desde que la sucesión se abrió?» Esto no importa separarlos de los herederos presuntivos en caso de ausencia, para someterlos á otros principios; los llama herederos, para indicar que se trata de los que suceden inmediatamente á la muerte cierta y conocida del causante, distinguiéndolos de los que sólo tienen la presunción, porque se ignora el fallecimiento efectivo.

Aubry y Rau, § 157, nota 13, dicen: «resulta evidente de la economía de los arts. 132 y 133, que los puestos en posesión no prescriben jamás contra el ausente, y que no pueden prescribir, contra sus hijos y descendientes, sino á partir de la posesión definitiva;» y nuestro art. 4024 declara prescripta la acción de los hijos y descendientes legítimos del ausente, por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, á contar

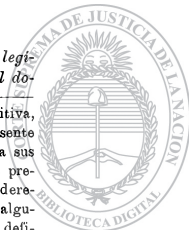
3ª La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en

desde la posesión definitiva. Nuestro Código ha adoptado con razón este sistema que tiene su fundamento en la verdad de los hechos y en la justicia; porque aquél a quien se le ha dado la posesión definitiva de los bienes, se le ha reconocido un título legítimo de propietario, pues se le ha declarado heredero del presunto fallecido, y por consiguiente tiene derecho para alegar la prescripción de diez y veinte años, y no la de treinta que corresponde al que sólo puede alegar la posesión á título de dueño.

El Dr. Segovia critica, no sólo los principios consagrados por nuestro artículo, que encuentra oscuro, sino también los del Cód. francés que sin duda ha inspirado esta disposición, y dice, que «los arts. 130 y 133 del francés, hacen una distinción injusta entre los descendientes legítimos y demás herederos forzosos y los otros herederos legítimos», critica que no puede aplicarse al artículo que estudiamos, sino al art. 133 Cód. francés, que es en parte nuestro art. 4024. Agrega dicho autor que, «nuestros artículos parecen consagrar dos puntos de partida distintos para la prescripción, según la clase de heredero», y en vez de convertirse en un objeto de crítica la aplicación este modo de considerar la cuestión, me parece que debía alabarse el acierto; porque no se pueden colocar en la misma categoría á los herederos que suceden inmediatamente al difunto, sin intervalo de tiempo, con aquellos que sólo comienzan á poseer como dueños y sucesores, desde la posesión definitiva acordada por los jueces. Y finalmente afirma dicho autor, que se legisla como si fuera una prescripción liberatoria, un caso de usucapión de treinta años; pero el distinguido jurisconsulto olvida, que la prescripción de treinta años es la que no tiene título, y que en el caso estudiado, está la sentencia del juez declarándolo heredero y entregándole la posesión definitiva de los bienes, y que con ese título puede adquirir los poseídos como en los casos ordinarios de usucapión, por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, como lo prescribe el art. 4024.

Y para concluir esta explicación, transcribiré lo que dice Zachariæ, § 103 relativo á este punto: «el primer efecto del juicio que da la posesión definitiva, es de poner á aquellos que la han obtenido en la misma posición relativamente á los bienes del ausente declarado, como si la muerte se hubiera probado. Así, por ejemplo, los que tienen la posesión definitiva del patrimonio del ausente declarado, pueden proceder á una partición definitiva, como si se tratase de una sucesión abierta, y disponer á su voluntad de los inmuebles y muebles que de ella dependan.....





una donación, sujeta á reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del do-

El derecho de propiedad de los que han obtenido la posesión definitiva, no es sin embargo un derecho irrevocable. En efecto; 1º, si el ausente reaparece, aún después de dada la posesión definitiva... recobra sus bienes, pero solamente en el estado que se encuentran... 2º, si se presentan hijos y descendientes del ausente, pueden hacer valer sus derechos, sin estar obligados á establecer la muerte del ausente... 3º, algunos autores admiten que la propiedad de los enviados en posesión definitiva está aún sujeta á revocación por la prueba de la muerte del ausente, y por la demanda de los herederos ó sucesores más próximos en el día de esa muerte, con tal que su acción no esté prescripta.» Con relación á la última parte nuestro Código nada dispone, habiendo equivocado la doctrina al estatuir en esa parte del art. 125, que los herederos instituidos en un testamento desconocido, estaban obligados á probar la muerte efectiva del testador; cuando debía referirse al caso en que se ofreciera demostrar ese hecho, para reclamar la herencia como heredero en la época del fallecimiento. Así, por ejemplo, si suponemos que se ha declarado la muerte presuntiva del ausente el 20 de Junio de 1902, cuando sólo existía un heredero del 4º grado, y otros del 5º, dándose la posesión provisoria al primero y pasados los quince años se le diese la posesión definitiva, excluyendo de ese modo al más lejano; si éste demostrase la muerte efectiva del ausente en otra fecha en que su ascendiente debió heredar, y su acción no estuviera prescripta, es indudable que debe recoger la herencia.

Para mayor claridad estudiemos el cuadro siguiente:

A		
D	B	C
G F	E †	H
I		

El fallecido cuya herencia se trata de recoger es E. La sentencia que lo declara presunto fallecido, fija, por ejemplo, la época de su muerte en 20 de Julio de 1900, cuando sólo existían sus primos hermanos G y F, y su sobrino I, como este último se encuentra en el 5º grado es excluido por los de grado más próximo, á quienes se les da la posesión definitiva de la herencia; pero I, demuestra la muerte efectiva del ausente en 1898,

nante (art. 3955); porque recién se puede conocer si ataca ó no la legítima; teniéndose presente que si hubiese varias donacio-

cuando existía su abuelo C, y sus tíos G, y F, de modo que en esa época correspondía la herencia á C, por estar en el tercer grado, excluyendo á sus sobrinos G y F, que están en el 4º; en ese caso, si su acción no estuviera prescripta, I podrá recoger la herencia que correspondía á su abuelo legítimo C, que era el heredero en la época del fallecimiento efectivo del ausente. Esta es la doctrina que ha debido consagrar nuestro Código, y sobre la que guarda silencio; pero la jurisprudencia, aplicando los principios generales del derecho la hará prevalecer, con tanta más razón, cuanto que no contraría principio alguno del Código.

Algunos autores argentinos creen que en este caso, como en el de la muerte efectiva del causante, la acción de petición de herencia debe principiar á correr «desde la apertura de la sucesión y no desde la posesión, lo que prueba, dicen, que la prescripción corre desde una misma época para todos los herederos», conclusión completamente contraria al artículo, pues dice tan claramente que el uno comienza desde el día en que se dió la posesión definitiva, y el otro desde que la sucesión se abrió, que uno se queda admirado que al comentar el mismo artículo se le haga decir lo contrario. Es mucho ingenio el de estos autores!—Comp. MERLIN, *Rep. 1.º Ausente*. TOULLIER, I, 453. DEMOLOMBE, II, 185. VAZEILLE, 304 y 379.—Véanse arts. 122, 3282, 3601, 3953 y 4020.

(Art. 3955.) Al hablar de las donaciones, dijimos que éste era el título más eventual, porque estaba sujeto á la reversión en casos determinados, á la revocación por causa de ingratitud, y finalmente á la reducción, que es la más grave, pues su acción alcanza á los terceros adquirentes que pueden ser privados de la cosa, sin atender á su buena ó mala fe, y sin que el tiempo de su posesión pueda servir para la prescripción.

Quando se ha estipulado la reversión no hay peligro oculto, y la enajenación hecha por el donatario lleva consigo la cláusula estipulada, el adquirente sabe que llegada la condición, la cosa donada debe volver al donante ó á sus herederos, según sea la condición impuesta. El donatario no ha podido transferir un derecho más extenso del que gozaba; en este caso el nuevo adquirente no puede alegar prescripción porque el derecho del donatario está sometido á una condición, y comenzará la usucapión desde que la condición se hubiera cumplido, pues recién habría nacido el derecho de reclamarla.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3954.—Véase el art. 122 de este Código.





nes se debe comenzar pidiendo la reducción de la última, y sólo se ataca á las primeras, cuando no se llenaren las legítimas con

Con relación á la revocación por causa de ingratitud, es una causa tan personal que no puede alcanzar á los herederos, á menos que la demanda se hubiera deducido contra el donatario y se continuara contra ellos.

En cuanto á la acción de reducción que los herederos forzosos tienen para conservar la integridad de sus legítimas, cuando las donaciones entre vivos las afectasen, es un derecho que sólo nace después de la muerte del donante, cuando éste hubiese donado más de la porción disponible. No es un derecho que los herederos hayan podido salvaguardar, como en el caso del art. 3961, por medio de una demanda que interrumpa la prescripción, porque su existencia como derecho sólo ha nacido con la muerte de su causante; lo que no sucede con los derechos sujetos á una condición, que á pesar de su eventualidad confieren acción para tomar las medidas necesarias de conservación.

Respecto de la acción real de reivindicación que el artículo concede á los herederos, y que algunos la creen injusta, cuando se ejerce contra terceros de buena fe, sólo diremos que sin esa acción, la de reducción sería ilusoria, porque conociendo el donatario que su título puede ser revocado por exceder la porción disponible del testador, lo primero que haría para asegurarse el beneficio es enajenar la cosa. Por otra parte, el que adquiere una cosa donada sabe que su título puede ser revocado por los herederos forzosos existentes al tiempo de la donación, y si quiere asegurarse de que jamás será revocado, puede pedir la aceptación y renuncia expresa de ellos. Si no la obtiene, le quedará al adquirente el derecho de la ericción cuando fuera privado de la cosa.

Mientras exista el sistema de la legítima forzosa, que priva al individuo de disponer libremente en vida y para después de su fallecimiento de lo que ha adquirido por su esfuerzo, obligándolo á dejar esos bienes á los herederos forzosos, la donación entre vivos será un título débil y peligroso sujeto á las contingencias de la porción disponible. Afortunadamente en el momento que escribimos estas líneas se siente un movimiento reparador, que tiende á borrar estas restricciones. El Sr. Carlos Olivera ha presentado un proyecto á la Cámara de Diputados de la Nación suprimiendo la legítima forzosa, contra la voluntad expresa del testador, y aunque estas reformas tan fundamentales no consiguen triunfar en el primer momento, porque chocan con arraigadas preocupaciones, que sólo la acción del tiempo y la ilustración de la masa social destruyen paulatinamente, sin embargo, dejan un rico sedimento que prepara



las reducciones hechas. La muerte del donante fija la fecha respecto de los bienes dejados por éste para determinar más tarde

el terreno en que al fin fructificará la idea. Eso mismo sucede con el divorcio, de que es autor el mismo diputado, y á quien el país le deberá grandes servicios, como precursor de ideas generosas que traducen el deseo de las clases dirigentes por conquistar estas verdades.

La acción de reivindicación concedida por este artículo, no encuadra perfectamente en las condiciones ordinarias exigidas por el art. 2758, y se debe considerar como una excepción; pues el propietario ha entregado por su propia y espontánea voluntad la cosa reclamada, transfiriendo al adquirente los derechos que tenía. Así es como puede explicarse que después de un acto voluntario de transferencia, la ley con su autoridad venga á anularlo, en la parte que perjudica la legítima de los herederos, que ha declarado inalterable, y que defiende con su poder, autorizando la reivindicación contra los terceros poseedores que al adquirir el inmueble sabían que podían estar sujetos á esa acción según fuera el haber hereditario.

Téngase presente, que la acción de reivindicación por causa de la donación inoficiosa sólo tiene lugar, por reclamación de los herederos forzosos que existían al tiempo de la donación, y cuyos derechos hubiera lesionado; que si al hacer la donación no había herederos de esa calidad, los que vinieran después no podrían intentar la reivindicación.

Para fijar la porción disponible y saber si las donaciones atacan la legítima forzosa, se atenderá al valor de los bienes dejados por el testador, y al valor líquido de esos bienes se agregará el que tenían las donaciones al tiempo de hacerlas, y como los donatarios tienen un interés legítimo en que no se reduzcan, podrán intervenir en la tasación de los bienes dejados, cuando las creyesen pequeñas. ¿Podrán los donatarios ó los terceros que poseyeran las cosas, quedarse con ellas, entregando su valor, ó la parte en que excedieren de la porción disponible? Así lo creo, porque los herederos forzosos sólo tienen derecho al valor que faltare para llenar sus legítimas, y la computación se hará tomando en cuenta, no el valor actual del inmueble, como algunos lo pretenden, sino el que tenía cuando se hizo la donación. Si el tercero entregue la cosa donada, tendrá derecho para cobrar las mejoras necesarias y útiles existentes, como poseedor de buena fe.

El presente artículo es una consecuencia del art. 3953 donde se estableció, que la prescripción de los derechos que no puedan reclamarse sino en la calidad de heredero, no podían comenzar á correr sino desde la apertura de la sucesión, en que el derecho ha nacido, y aparece la ac-



la legítima de los herederos forzosos, que son los únicos que pueden demandar la reducción.

4^a *La prescripción de las acciones personales, lleven ó no intereses, comienza á correr desde la fecha del título de la obligación (art. 3956)*, cuando ésta no tuviere plazo, porque viene á ser

ción que lo pone en movimiento y le sirve de defensa, cuando es desconocido. — Comp. AUBRY y RAU, § 213, letra *a*. § 685, *quater*, texto n° 3. GRENIER II, 655. DEMOLOMBE, XIX, 240. — Véanse arts. 1831, 1832, 1847, 1855, 3536, 3601 y 3602.

(Art. 3956.) El artículo sienta un principio general sólo aplicable á las obligaciones sin término fijo para el pago, ó que pueden exigirse desde su otorgamiento: pues las que establecen un plazo y no pueden demandarse antes del estipulado, no son regidas por esta regla, desde que el derecho para exigir el cumplimiento de la obligación no ha nacido en la fecha de su constitución, y por el contrario ella demuestra que el acreedor mismo ha consentido en no ejercer su derecho para pedir su cumplimiento vencido el plazo señalado. Así, en una obligación contraída para devolver el dinero prestado á los diez años de la fecha, la prescripción no comenzaría á correr sino desde el vencimiento. Por el contrario, si la obligación fuera contraída sin plazo para la devolución, como tiene derecho para exigir se determine el plazo, y ejecutar la obligación, la prescripción comienza desde la fecha del título.

El artículo es tomado de Aubry y Rau, § 213, n° 2, letra *a*, como lo indica la nota, quienes dicen: «la prescripción de las acciones personales comienza en general, á correr desde el día de la formación de la obligación. Y es también así en el caso en que el acreedor no esté autorizado á exigir su pago sino después de correr cierto término á partir desde la advertencia previa dada al deudor», y agregan en la nota: «una acreencia exigible á voluntad del acreedor, bajo la condición de una advertencia previa dada al deudor, no es una acreencia á término en el sentido de la disposición precitada, art. 2257 al 4».

Así, pues, la regla de que la prescripción comienza á correr desde la fecha del título en las obligaciones personales, no rige para las que tienen un plazo fijo, en que la prescripción comienza desde que la obligación viene á ser exigible; porque recién nace el derecho de demandar el pago, que antes estaba en suspenso por la misma estipulación.

En derecho francés, el capital de una renta viajera se prescribe á partir del día del contrato, y por eso el art. 2263, autoriza al acreedor

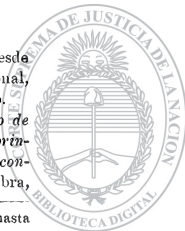
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3955. — Las citas del art. 3953.

exigible desde la interpelación judicial para que se determine el plazo en que debe ser cumplida; cuando la obligación estuviera

para pedir un nuevo título después de los veintiocho años, á fin de impedir la prescripción, mientras que por nuestro derecho, en los mismos casos, la prescripción comienza desde el último pago de la renta; lo que es justo y razonable, pues la pérdida ó abandono del derecho sólo puede suponerse que comienza á correr desde el momento en que pudo ser exigible el pago de la renta. Es cierto que sucede generalmente lo que decía Mr. Jollivet en el Consejo de Estado al discutirse el art. 2263, «que estando los recibos en manos del deudor, los rentistas no podían justificar que la renta les ha sido pagada exactamente durante los treinta años anteriores», lo que es exacto en general; pero el acreedor tendrá buen cuidado en exigir del deudor que paga la renta un documento justificativo como de que la ha pagado en los términos convenidos en el contrato. Cuando estudiemos el art. 3958, volveremos sobre este tópico.

Se ha dicho por algunos, que la Suprema Corte Nacional ha confirmado por sus fundamentos una sentencia donde se establece que el término para la prescripción de un documento bajo firma privada no comienza á correr *sino desde que adquiere fuerza ejecutiva*. Nos pareció tan rara esta afirmación, que ocurrimos al fallo que se encuentra en el tomo IV de la 2ª Serie, pág. 18, y resulta que la referencia es completamente inexacta, como nos lo suponíamos. En primer lugar es un caso regido por la antigua legislación é inaplicable á nuestra hipótesis. En segundo lugar, el demandado alegó la prescripción del derecho *de ejecutar*, que como se sabe por las leyes de procedimientos, se prescribe á los diez años, aunque la acción personal continúe, y es resolviendo este punto que el juez dijo: según la ley 6, título 15, lib. 4, Rec. Cast. «el término para la prescripción del derecho de ejecutar, debe contarse en los documentos privados desde que adquieran fuerza ejecutiva; es decir, desde el reconocimiento, en este caso, porque de otro modo, la *prescripción de la acción ejecutiva*, se habría consumado antes de principiarse, lo que importa un contrasentido». Así es que la Corte Suprema, al confirmar por sus fundamentos la sentencia de 1ª Instancia, no ha tocado absolutamente la cuestión, ni ha puesto en duda el principio reconocido universalmente en derecho civil, de que la prescripción en los documentos privados ó públicos sólo comienza á correr desde el vencimiento del término en que la obligación viene á ser exigible, ó desde la fecha del título cuando no tiene plazo para el pago. El Cód. de Chile, art. 2514, sienta el mismo principio al decir: la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible, siguiendo al art. 2257, Cód. francés, que establece: «la





sujeta á un término cierto ó incierto, comenzará á correr desde el vencimiento del término; si la obligación fuera condicional, comenzará la prescripción desde que la condición se cumplió.

5ª *La prescripción de la acción de garantía ó saneamiento de los créditos condicionales y de los que son á término cierto, no principia sino desde el día de la evicción, del cumplimiento de la condición, ó del vencimiento del término (art. 3957); en una palabra,*

prescripción no corre... con relación á una acreencia á día fijo, hasta que ese día haya llegado;» porque recién puede ejercerse el derecho, y no es posible que comience á perderlo, cuando no tiene el poder de exigir la cosa debida. Todas estas disposiciones tienen como fundamento la ley 8, § 4, tít. 39, lib. 7, Cód. Rom., aunque en la nota se afirma que están en contra: esa ley dice: «ordenamos que la prescripción de treinta ó cuarenta años, no comience respecto de los contratos usurarios, sino desde el momento en que el deudor ha cesado de pagar los intereses», disposición que repite nuestro Código en el art. 3958, y que por consiguiente no puede estar en contra del artículo que estudiamos. Es que son dos principios que se complementan: 1º, la prescripción en las obligaciones personales sin término, comienza desde la fecha del título; 2º, en las obligaciones á término fijo, comienza la prescripción desde que aquella se hizo exigible. Como corolario de esta última regla viene esta otra: en las obligaciones con intereses ó rentas, la prescripción comienza desde el último pago; porque la ley reputa abandonado el derecho desde ese instante.—Véanse arts. 3957, 3958, 3960, 3961 y 4023.

(**Art. 3957.**) El artículo comprende tres casos, en que la prescripción debe comenzar á correr, y que vamos á estudiar separadamente por las diversas cuestiones que se presentan:

1º Desde cuándo comienza la prescripción para la acción de garantía ó saneamiento.

2º Desde qué tiempo comienza la prescripción para una acreencia sujeta á condición.

3º Desde qué tiempo comienza la prescripción en las acreencias que son á término cierto.

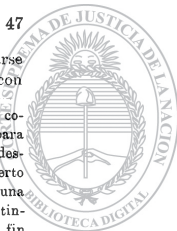
Respecto al primer punto, creo que la evicción ó más bien dicho la acción de saneamiento que corresponde al comprador para exigir de su

Nota del Dr. Féliz-Sarsfield al art. 3956.—Aubry y Rau, § 213, n° 2, letra A. —En contra, L. 8 § 4, Tít. 39, Lib. 7. Cód. Rom.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3956. — Véase fallo al art. 3º47.—Jur. Civ., IV, 432, Ser. 5ª.

desde que la obligación se ha hecho exigible y puede demandarse ante la justicia. Esta prescripción no tiene relación alguna con

vendedor el precio de la cosa con los daños y perjuicios, sólo puede comenzar á correr desde que la acción esté espedita, y tenga derecho para demandar el precio. El acto de demandar la cosa, no importa una desposesión para que pudiera comenzar á correr la prescripción. Es cierto que la demanda trae para el demandado dos acciones de las que la una es consecuencia de la otra; pero se debe tener sumo cuidado en distinguirlas. El demandado tiene acción para hacer citar al enajenante á fin de que lo defienda en la propiedad; esta acción tiene su trayectoria marcada por las leyes de procedimiento, y no se puede deducir pasando cierto tiempo, en que se pierde el derecho al saneamiento, á menos de demostrar que era inútil la citación. La otra acción sujeta á la prescripción de que habla el artículo es la que nace desde el momento en que el comprador ha sido privado de la cosa para demandar el precio y los daños y perjuicios que se determinarán por la diferencia del precio de la venta con el valor de la cosa al día de la evicción, arts. 2118 y 2121. Esto es lo que hace decir á Vazeille, 297: «en tanto que se goza pacíficamente de la cosa que se ha adquirido, no hay ni acción de garantía que ejercer; ni prescripción que temer. No está sujeto aun á prescripción después de la demanda que tiende á la evicción, porque es incierto si será adjudicada; pero cuando la evicción está definitivamente pronunciada, no hay razón para parar y retardar el recurso de la garantía, y para dispensarlo de la prescripción». Por eso creo que se incurre en un error, cuando algunos sostienen que «la prescripción corre desde el momento en que hay posibilidad legal de reclamar, y desde que los arts. 2108 y 2109 y sigs. facultan, algo más, obligan al *crucido* (sic) á citar de evicción al enajenante desde el momento de la demanda, es claro que desde entonces corre la prescripción», confundiendo la acción del demandado para llamar al enajenante al juicio, con la que tiene para reclamar el precio de la cosa y los daños y perjuicios. Y para demostrar más claramente el error diremos: que la ley de procedimientos de Santa Fe, por ejemplo, exige que el demandado cite de evicción, antes de contestar la demanda, al enajenante para que comparezca al juicio, bajo pena de no tener derecho al saneamiento si fuese vencido en él. Si suponemos que no lo ha citado, pierde su derecho, y no hay prescripción; si sucediera lo que suponen aquellos cuya opinión combatimos, habiendo comenzado á correr la prescripción desde la demanda continuaría corriendo y no se perdería el derecho. Es que una cosa es la acción que se tiene para citar al enajenante á fin de que venga al pleito, y que



el derecho del acreedor para pedir medidas conservatorias para la seguridad de su crédito.

obedece á las leyes de procedimiento, y otra la que corresponde por el saneamiento.

Con relación al segundo punto, tratándose de una obligación condicional; si bien es cierto que, cuando la condición es suspensiva, el acreedor puede ejercer ciertos derechos conservatorios para impedir que la cosa objeto del contrato desaparezca; sin embargo, como no se sabe si la obligación adquirirá un carácter irrevocable, se puede decir con verdad, que el derecho no ha nacido aun para que se pueda culpar al acreedor de negligencia en no haberlo reclamado, pues nada puede hacer. Es entendido que cuando se habla de créditos condicionales, uno se refiere á los que están sujetos á condición suspensiva; pues los que están bajo condición resolutoria no impiden la ejecución de la obligación, y sólo son susceptibles de revocación. Por eso dice Vazeille, 300: «el art. 2257 no se aplica sino á las condiciones suspensivas, que someten la existencia ó el efecto de la obligación á un acontecimiento, ó á un día cierto ó incierto. Es la suspensión de la acción que produce la suspensión de la prescripción, y como las condiciones resolutorias nada dejan en suspenso, no detienen la prescripción». La obligación bajo condición suspensiva existe, como una mera esperanza de que el acreedor no puede ser privado, sino por el acontecimiento que debe convertirla en una realidad ó disiparla por completo. Según la teoría que he sostenido en esta obra, las obligaciones condicionales suspensivas tienen dos periodos, el de su iniciación que se puede considerar como un proyecto, y el de su realización que la confirma dándole un carácter irrevocable, ó que la deja sin efecto; como mera esperanza sólo da derechos conservatorios, y la acción del acreedor no puede ir más allá; pero cuando el acontecimiento previsto se ha realizado, convirtiendo la esperanza en un derecho irrevocable, con efecto retroactivo, recién se puede decir que nace la acción, y con ella la prescripción que lo hará perder por la acción del tiempo; por eso dice el artículo, que la prescripción comienza desde el cumplimiento de la condición.

En cuanto á las obligaciones contraídas á término cierto, la prescripción comenzará desde el vencimiento del término, dice el artículo; pero como se confunde generalmente lo que se entiende por término cierto ó incierto, llegándose á convertir el plazo ó termino en condicional, lo que jamás puede suceder, ateniéndose á la regla del art. 569, vamos á volver sobre estos principios.

Hay plazo ó término, cuando se ha señalado día, mes y año para ter

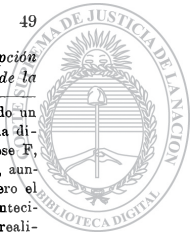


6ª *En las obligaciones con intereses ó renta, la prescripción del capital comienza desde el último pago, de los intereses ó de la*

minar ó comenzar el ejercicio de un derecho, ó cuando se ha fijado un hecho futuro necesario. Así, la obligación es á plazo cuando se ha dicho, pagaré tal suma á B, en tal día, mes y año, ó cuando falleciese F, siendo cierto el plazo en el primer caso, é incierto en el segundo, aunque en ambos debe cumplirse la obligación necesariamente. Pero el plazo deja de ser tal para convertirse en condición, cuando el acontecimiento á que está sujeto el ejercicio del derecho, no se sabe si se realizará ó no; en ese caso no se dice que el plazo es incierto, porque no hay plazo, desde que éste es el término que necesariamente debe llegar, y que llegará aunque no se sepa á punto fijo cuando sucederá. En una palabra, una obligación á término incierto no puede convertirse en condicional; porque no es la incertidumbre del término ó del plazo la que puede darle ese carácter, sino la duda sobre si el acontecimiento se realizará ó no; desde que esa inseguridad desaparezca, la obligación es á plazo, en caso contrario condicional.

En las obligaciones á plazo es el vencimiento del tiempo estipulado que confiere el derecho para ejecutarlas ó para pedir su cumplimiento; resulta como consecuencia necesaria, que no habiendo podido ejercerlo el acreedor, porque la misma obligación se lo prohíbe, la prescripción no ha podido comenzar desde el título como lo establece el art. 3956, sino del momento en que el derecho ha sido susceptible de ponerlo en movimiento. Si el que se ha obligado á entregar una suma de dinero dentro de diez años, no podía reclamarla por el mismo instrumento de crédito, ¿cómo podía perder ese crédito por no haberlo reclamado? La prescripción no ha podido comenzar á correr desde que no podía ejercer derecho alguno, pues el mismo instrumento señalaba el tiempo en que recién podría ejercerse.

Si aplicamos los principios á casos particulares, resultará, que la prescripción de una servidumbre que prohíbe al vecino de hacer alguna cosa que tenía derecho, no comenzará á correr sino desde que el hecho ha tenido lugar, porque recién ha nacido la necesidad de poner en actividad el derecho violado. Si se tratase de una hipoteca con la que garantizase una obligación condicional, resultaría, que la hipoteca se extinguiría á los diez años de su constitución, si no hubiera sido renovada, mientras la obligación tal vez no habría nacido, por no haberse realizado aun la condición; pero esto tiene lugar, únicamente porque nuestro Código ha señalado el término de diez años para la duración de la hipoteca.





renta (art. 3958); porque desde ese momento principia, por parte del acreedor, el abandono de su derecho, y por la del deudor.

Nuestro artículo ha sido tomado del Cód. Francés, art. 2257, donde claramente se legislan tres casos diferentes, que deben separarse también en el nuestro, pues indudablemente se ha suprimido por error de imprenta la primera coma, que separa los casos de la acción de garantía, de la que confieren los créditos condicionales, y tal como aparece forma un solo caso, debe decir: «la prescripción de la acción de garantía ó saneamiento, de los créditos condicionales y de los que son á término cierto, etc.» — Comp. GORENA, art. 1968. — Véanse arts. 566, 569, 3513, 3953 y 4014.

(Art. 3958.) Al estudiar el art. 3956 observamos lo que se dijo en el Consejo de Estado al discutirse el art. 2263 del Cód. Napoleón, de donde se deducía que todos pensaban que el capital de la renta viajera se prescribía por treinta años, aunque se hubiera pagado la anualidad, y que era necesario renovar el título á los veinte y nueve años para interrumpir la prescripción que había comenzado á correr desde la fecha del título, porque se trataba de una obligación que no tenía término.

Nuestro Código, á pesar de la grande autoridad de Tronchet, Treilhard, Jolivet y Berlier, que en el Consejo de Estado pensaron que era necesario renovar el título para impedir la prescripción, y de lo que los comentadores han enseñado siguiendo esa doctrina, se ha separado con razón, siguiendo á Vazeille, para establecer lo que parece justo y equitativo; es decir, que la prescripción del capital de una renta perpetua ó viajera no comienza á prescribirse desde el título, sino á contar del tiempo en que ha dejado de pagarse la renta. En efecto; si he contratado con una persona entregándole cien mil pesos para que me pase una renta de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3957.—Cód. Francés, art. 2257.—Napoleón, 2163.—Holandes, 2027.—L. 7, § 4, Tit. 39, Lib. 7, Cód. Romano.—Véase Troplong, sobre el art. 2227.—Vazeille, n° 294, respecto de los tres casos.—Duranton, tom. 21, desde el n° 324. Un crédito exigible á voluntad del acreedor bajo la sola condición de dar un aviso previo al deudor, no es un crédito á término. Decidir lo contrario, sería dejar al acreedor la facultad de hacer su crédito completamente imprescriptible.—Aubry y Rau, § 213, nota 19.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3957.—El término para la prescripción de un crédito condicional, sólo empieza á correr desde el día del cumplimiento de la condición.—Jur. Com., IV, 50, Ser. 2°.

La prescripción de un derecho condicional, como la reversión de un legado, no puede verificarse ni aun iniciarse siquiera, antes de que la condición se cumpla.—Jur. Civ., IX, 289, Ser. 2°.

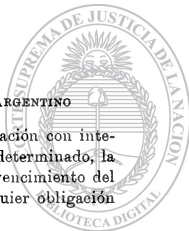
Véase fallo al art. 2963.—Jur. Civ., IX, 289, Ser. 2°.



dor, la negativa á pagar los intereses ó rentas, é importa la liberación de la obligación que el legislador debe suponer proviene

quinientos pesos mensuales toda mi vida, y me la sirve puntualmente por treinta años, ¿por qué perdería el capital y la renta por no haber renovado el título? El contrato existe, y como no he podido reclamar el capital á que pertenece y que fué adquirido por el que sirve la renta, la prescripción no ha podido correr contra del rentista mientras el contrato se haya cumplido; se comprendería que comenzara desde que se ha dejado de pagar la renta, porque entonces hay abandono del derecho; pero no antes, pues se encontraba en la imposibilidad de reclamar derecho alguno. La razón de la solución contraria la fundan en las palabras pronunciadas en el Consejo de Estado al discutirse el art. 2263; pero como puede verse, nadie dió la razón de esta prescripción. Aubry y Rau, § 213, nota 11, explicando como es que el capital se prescribe desde la fecha del título, y la renta desde cada una de las anualidades, dicen: «la razón de la diferencia que existe á este respecto entre las rentas y las obligaciones divididas en anualidades, consiste en que estas obligaciones constituyen tantas obligaciones distintas como hay anualidades, mientras que una renta no forma sino una acreencia única, de la que se deben los frutos civiles»; lo que no explica en manera alguna, porque el capital que forma la base de la renta se deba prescribir, desde que es el resultado de un contrato que, mientras se cumpla, no hay razón para que se consideren abandonados los derechos que él ha engendrado; el rentista está en el mismo caso que el comprador, que no puede ser privado de la garantía ó saneamiento, hasta que la privación de la cosa no haya tenido lugar.

La dificultad del rentista para demostrar que se le haya pagado la renta convenida desde que da el recibo que el deudor de la renta guarda, y que puede destruir á su voluntad, cuando desea alegar la prescripción, no es bastante para imponer como principio general de que la prescripción comienza á correr desde el título, pues esa misma dificultad ocurría en derecho romano, y fué salvada por el emperador Justiniano en la l. 18, tit. 21, lib. 6, Cód. Romano, al decir: «destruimos estas dificultades, y ordenamos que en el caso en que acabamos de hablar, ó en otros semejantes, si aquel que ha dado el recibo desea tener ó una copia del recibo, ó un contrarecibo, le sea permitido de exigirlo, y que el deudor tenga la obligación de darlo, de suerte que el acreedor no sufra perjuicio alguno»: de ese modo se probará que la renta ha sido pagada puntualmente y que la prescripción no ha podido comenzar á correr. ¿Por qué hacer renovar el título como se exige en derecho francés? Cuando



de la extinción de la obligación; pero si la obligación con intereses no fuera exigible sino dentro de un plazo determinado, la prescripción sólo comenzaría á correr desde el vencimiento del plazo, y los intereses se prescribirían como cualquier obligación personal.

7^a *La prescripción de cosas poseídas por fuerza ó por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión (art. 3959); y se considera purgado cuando*

nuestro artículo dice, que la prescripción comienza á correr desde el último pago, si el deudor negase que ha pagado la renta, corresponderá al acreedor el demostrar lo contrario. La prueba del cumplimiento del contrato está sujeta á las prescripciones ordinarias, sólo podrá demostrarse por escrito ó existiendo principio de prueba escrita. En estos casos deben tener mucho cuidado los acreedores de la renta, porque si el deudor alegase que no ha pagado desde la constitución del contrato, la prescripción comenzaría desde la fecha del título constitutivo.

La obligación contraída por el deudor comienza á prescribirse desde el título, si no se ha pagado el interés ó la renta; pero si sucediere lo contrario, la prescripción que no ha comenzado, no puede recomenzar, como algunos lo sostienen, pues cada pago no extingue una prescripción comenzada, desde que se cumple con la obligación; cuando ha dejado de pagarse, recién comienza la prescripción de ese pago y del capital que forma la renta.

Cuando el artículo habla de obligaciones con intereses en que la prescripción comienza desde el último pago de éstos, se entiende que se refiere á las obligaciones de plazo vencido, porque si como sucede ordinariamente, esos intereses se pagan hasta que la obligación viene á ser exigible, no hay razón para que haya prescripción desde que la acción no ha podido aun comenzar. — Comp. GOFENA, art. 1969. — Véanse arts. 3956 y 3959.

(Art. 3959.) La posesión que sirve de base para la adquisición de los inmuebles, debe llenar ciertas condiciones de que hemos hablado en el libro 3, título sobre la posesión.

La posesión es violenta cuando es adquirida por vías de hecho acompañadas de violencias materiales ó morales; pero debe tenerse presente que la violencia ejercida para el otorgamiento del título no vicia la po-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3958.—Véase L. 29, Tít. 29, Part. 8^a.—Cód. Francés, art. 2248.—Napolitano, 2154.—De Luisiana, 3486.

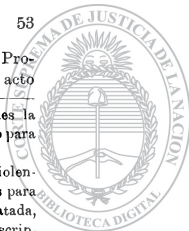
la fuerza ha desaparecido, ó cuando la violencia ha cesado. Probada la violencia ó la fuerza por el que alega la nulidad del acto

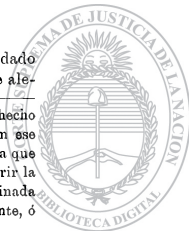
sesión desde que no confiere acción para reclamar la cosa, pues la violencia en ese caso no comprende la posesión misma sino el título para legítimar la que se tenía sin vicio alguno.

Cuando el poseedor que ha obtenido la cosa por medio de la violencia tuviera un título de propiedad, el violentado tiene dos acciones para reclamarla: una relativa á la posesión misma que le ha sido arrebatada, y es la acción de despojo; la otra relativa á la propiedad. La prescripción con relación á la primera comienza desde el hecho de la violencia misma que le privó de la cosa, pues si deja pasar un año sin reclamarla habrá perdido la acción posesoria; en cuanto á la prescripción para adquirir la propiedad, comenzará á correr desde que la violencia cesó; pero no es cierto que sólo se adquiera la propiedad por la posesión de treinta años, como algunos lo sostienen; porque si el que tomó la posesión violentamente tenía título traslativo de dominio, adquirirá el inmueble por diez años entre presentes y veinte entre ausentes á contar desde que purgó el vicio; es decir, cuando cesó la violencia. Su posesión es viciosa, no obstante puede adquirir sin título por treinta años.

No estoy conforme con lo sostenido por algunos de que, «cuando la violencia ha sido ejercida para otorgar el título y no para tomar la posesión, ésta será viciosa, pero no será violenta»; porque no refiriéndose la violencia á la posesión misma que ha sido tomada pacífica y públicamente, no puede viciarla un hecho completamente extraño. Supóngase que he comprado una casa y pagado el precio, entrando en posesión de ella por voluntad del mismo vendedor, que después se niega á otorgarme la escritura. Si por medio de amenazas ó de violencias obtengo la escrituración, ¿en qué me perjudicará la posesión obtenida pacíficamente? ¿Por qué sería viciosa esa posesión que no ha sido controvertida? El título obtenido por la violencia será sin duda nulo por vicio del consentimiento; pero la posesión ni la causa que la produjo en nada se alterará por un hecho extraño. Así, dice Troplong, I, 417: «si hubiera hecho consentir al poseedor en entregarme la cosa, aunque hubiera empleado la violencia y las amenazas para hacerlo consentir, la posesión de la cosa que habría adquirido por este abandono, sería una posesión injusta; pero no sería violenta; no se podría decir que el que ha abandonado la cosa ha sido despojado».

Téngase presente que la acción de despojo sólo se concede al que ha sido desposeído por medio de la violencia, art. 2492, y en la hipótesis, no hay un hecho que se refiera á la posesión.





jurídico, corresponde demostrar, á su vez, cuando el demandado le opone la prescripción, que esa prescripción no puede serle ale-

Cuando el poseedor de una cosa ha sido turbado por las vías de hecho en la posesión, y las ha rechazado por la fuerza defendiéndose, en ese caso ni ha sido interrumpida la prescripción de la acción posesoria que le compete como poseedor, ni la que le correspondería para adquirir la propiedad de la cosa; porque no hay otra interrupción que la determinada en el art. 3986 por demanda ante un juez, aunque sea incompetente, ó por el despojo y privación de la cosa por un año.

¿Cómo se purga el vicio de la posesión? Si la posesión fué obtenida por la violencia, como dice el artículo, se encontraría purgada, por el consentimiento posterior del violentado, ó por el solo hecho de haber cesado la violencia.

En el presente artículo no se dice, como en el art. 4030, que la prescripción comienza desde que la violencia hubiera cesado. ¿Hay alguna diferencia entre ambas expresiones? No lo creo; porque purgar el vicio de una posesión, no sólo es hacerlo desaparecer por el consentimiento del violentado, sino consentir tácitamente en el hecho una vez que la violencia ha cesado, como dice Troplong: «inmediatamente que cesa la violencia la cosa es susceptible de prescripción; el vicio es purgado y toma nacimiento una posesión útil». Así, por ejemplo, en la prescripción de la acción para reclamar de un acto jurídico ejecutado bajo la acción de la violencia, se prescribe ó se extingue á los dos años desde que la violencia cesó; y en la posesión tomada por la violencia la prescripción comienza desde que el vicio fué purgado por los medios legales, lo que importa decir, desde que cesó la violencia. El que comenzó á poseer por la violencia, no continuará poseyendo en este carácter, si ha cambiado la causa de su posesión por el hecho de un tercero, ó del violentado, ó por haber cesado la violencia. Según esta teoría, el comprador que pagó el precio, y que tomó por violencia la cosa vendida que no se le entregaba, podría prescribirla por diez y veinte años, en las condiciones ordinarias á contar desde el momento en que hizo desaparecer el vicio; si no desaparece, sólo la prescribirá por treinta años. Téngase presente que el violentado no puede reclamar la posesión de la cosa si ha dejado vencer un año desde que fué privado de ella.

No se debe perder de vista que la violencia puede existir en la posesión de la cosa, y en el otorgamiento del título translativo de dominio, pues son dos actos diferentes regidos por diversas disposiciones. Para el primero, la prescripción comienza desde que se realizó la violencia, y tratándose de acciones posesorias se pierden al año de haber sido priva-



gada por haber estado en suspenso ó que ha corrido en su contra por razón de que la violencia ó la fuerza cesó en tal ó cual época, y sólo debe contarse el tiempo desde ese momento.

do de la cosa; cuando se quisiera adquirir la propiedad, se necesitará de treinta años sin título; por el contrario, cuando la violencia tuvo lugar para el otorgamiento del título, la prescripción de dos años comienza desde que la violencia cesó.

En todas las hipótesis estudiadas, ¿cuándo se reputa que la violencia ha cesado? Para la prescripción de las acciones posesorias no interesa saber, porque el poseedor rechaza la acción demostrando que su posesión es anual; para la usucapión, tampoco tiene importancia, porque rechaza la acción del propietario probando que posee la cosa por treinta años; para la prescripción con título, recién se necesita saber cuando desapareció el vicio, porque desde ese momento comienza la prescripción ordinaria de diez y veinte años con justo título, posesión tranquila y no interrumpida, y su vicio desaparece, como lo dice Goyena, art. 1949 (de donde fué tomado el nuestro), pues se admite al mismo forzador que pueda prescribir desde que se purgó el vicio; ó cesó la fuerza ó la violencia. El poseedor violento que tuviere título translativo de dominio, comenzará la prescripción ordinaria de diez y veinte años desde que cesó la violencia, ó cuando adquirió la cosa de otro que se dijese dueño, ó por consentimiento del mismo enajenante que lo confirme en la posesión. Para que la posesión se reputé violenta no es necesario que el mismo poseedor hubiere cometido la fuerza; basta que otro la haya ejercido por su orden, y aun en el caso en que no hubiera dado órdenes para expulsar al poseedor, si se asocia á los actos que han ocasionado la expulsión y los aprueba y ratifica.

Cuando la posesión se ha adquirido sin violencia, si posteriormente el poseedor usa de la fuerza para mantenerse en ella rechazando la violencia con la fuerza, como la ley lo autoriza para defenderse, su posesión no habrá cambiado, ni se habrá hecho violenta; porque se atiende al origen de la posesión; la violencia *ex post facto* no hace violenta la posesión adquirida pacíficamente.

Se parte del principio que la posesión violenta no funda ni puede crear un derecho; la fuerza por sí misma, tampoco lo constituye; pero inmediatamente que ella cesa, el vicio se purga y comienza una posesión útil, porque la ley supone que el violentado ha renunciado á su derecho. ¿Desde cuándo cesa la violencia? Troplong dice, «que es una cuestión de hecho que los jueces decidirán según las circunstancias de cada caso. Es cierto, agrega, que el vicio de violencia que no se manifiesta sino por



8ª *El tiempo para prescribir la obligación de dar cuenta, no principia á correr sino desde el día en que los obligados cesaron en sus respectivos cargos (art. 3960, 1ª parte);* porque mientras continuaban en ellos se supone con razón que el acto no ha concluido, y no pueden ser obligados á dar cuenta sino cuando el negocio ha terminado, y se reputa que esto ha tenido lugar así que cesaron en la administración.

9ª *El (tiempo) de la prescripción contra el resultado líquido de la cuenta, corre desde el día que hubo conformidad de partes, ó ejecutoria judicial (art. 3960, últ. parte);* porque desde ese

un solo acto de desposesión se purga por una posesión anual. Al fin del año, el antiguo poseedor ha perdido sus acciones posesorias». — Comp. GOYENA, art. 1949, Cód. FRANCÉS, art. 2233, Cód. de Luisiana, art. 3457, l. 4, § 25, tit. 3, lib. 41, *Dig.* TROPLONG, I, 410 y sig.— Véanse arts. 2364, 2365, 2473, 2479, 3273, 3980 y 4030.

(**Art. 3960.**) La obligación de dar cuenta comprende tanto á los tutores, curadores, albaceas, etc., como á todos los que por un mandato previo ejecutaren, en nombre de otro, actos que los obligaran. Los que desempeñan una función confiada por los jueces ó por la ley, tienen obligación de dar cuenta al que los reemplazará, ó al incapaz que ha dejado de serlo, desde que cesaron en la función que desempeñaban, y en algunos casos la ley los incapacita para celebrar ciertos actos con aquellos á quienes deben dar las cuentas hasta que no las rindieran. En estos casos es fácil determinar desde cuando comienza la prescripción, porque queda fijado el tiempo en que han concluido su mandato; no sucede lo mismo cuando se trata de los casos particulares; por ejemplo, si se ha dado un poder general para administrar, ¿desde cuándo correrá el tiempo para la prescripción? Es evidente que desde el momento en que se hubiere revocado el poder haciéndolo saber al administrador; pero la dificultad se presentará generalmente, cuando el mismo interesado tomara sobre sí la administración sin hacer una revocación expresa. En este caso creo que la prescripción debe comenzar á correr desde el último acto ejecutado por el mandatario á nombre del mandante, y si ambos ejercieran la administración, la obligación de rendir cuentas estaría en suspenso.

Cuando el mandato es especial, la obligación de rendir cuentas se prescribirá desde la ejecución del mandato, desde su revocación por el mandante, ó desde la renuncia del mandatario.

Tratándose de cuentas, sean provenientes del mandato desempeñado, sea de negociaciones entre los particulares, la prescripción no puede co-



momento puede demandarse la suma debida. Esta obligación no se debe confundir con la anterior, porque la de dar cuenta es completamente diferente de la de pagar el saldo que resulte una vez aprobada, que puede ser favorable al que tenía la obligación de rendirlas, en cuyo caso á él le alegrían la prescripción, si hubiera dejado correr el tiempo sin cobrarlo.

10^a *La prescripción de las acciones reales á favor de un tercero, tenedor de la cosa, comienza á correr desde el día de la adquisición de la posesión ó de la cuasi-posesión que le sirve de base, aunque la persona contra la cual corriese, se encontrase por razón de una condición aun no cumplida ó por un término aun no vencido, en la imposibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos (art. 3961);* doctrina peligrosa que es necesario aplicar con

menzar á correr sino desde el momento en que la acción ha podido ejercerse sobre el resultado líquido de la cuenta. Se trata, no ya de la rendición, sino de un crédito ó de un débito que resulta de una cuenta entre dos personas; es decir, del derecho que corresponde á la una para cobrar el saldo que resultase á su favor, y de la obligación de pagarlo que pesa sobre el deudor. Si la cuenta ha sido objeto de controversia judicial, la prescripción sólo comenzará á correr desde el tiempo que fije la sentencia firme para el pago de los saldos en que recién causará ejecutoria. Finalmente, si hubo convenio entre partes, aprobando los saldos que resultaren, la prescripción comenzará á correr desde que se aprobaron si no hubieran estipulado un plazo para el pago, pues en este caso sólo comenzaría desde el vencimiento del plazo en que la obligación debe cumplirse, porque antes no ha podido ser exigida.

Nuestro artículo ha sido tomado al pie de la letra de Goyena, art. 1938, como lo indica la nota.

(Art. 3961.) El presente artículo viene á decidir una de las cuestiones controvertidas en la legislación francesa. El Dr. Velez-Sarsfield ha adoptado, no sólo las conclusiones de Aubry y Rau, § 213, n° 2, letra b. sino también su redacción en el texto, apoyándola con la nota 17 de los mismos autores, que ha traducido en parte. Pero antes había establecido en el art. 3953, que los derechos que no pueden reclamarse sino en calidad de heredero ó de donatario de bienes futuros, como los subordinados á una opción que, sólo puede tener lugar después de la muerte, se prescriben únicamente desde la apertura de la sucesión, teoría que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3960.—Goyena, art. 1938.

suma cautela, porque se autorizaría el despojo contra el que se encuentra indefenso. Como lo indicamos en el comentario, este

viene á dar en parte la razón á los que sostienen que, los derechos sometidos á una condición, no pueden prescribirse sino desde que la condición se haya cumplido y el derecho pueda ser ejercido libremente. Así pues, ese artículo viene á ser una especie de excepción relativa á las sucesiones, que confirma la regla estatuida en el presente.

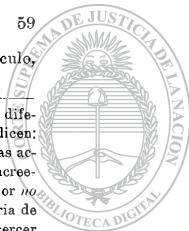
Debemos tener en cuenta que la prescripción para adquirir, ó la usucapión, produce dos efectos, uno con relación al poseedor á quien confirma en el título y propiedad de la cosa, por haberla mantenido bajo su dominio diez ó veinte años, ó por treinta cuando no ha tenido título; otro con relación al verdadero dueño; esa adquisición del poseedor coincide con la extinción ó pérdida de la acción que el propietario tenía para reclamar la cosa de cualquiera que la poseyera; de modo que uno adquiere, por decirlo así, el derecho que el otro pierde. Lo mismo sucede en la prescripción extintiva, con la diferencia que en ella el deudor adquiere su libertad que estaba limitada por la obligación contraída, y el acreedor pierde el derecho de reclamarlo. Así, pues, tanto en la usucapión como en la prescripción propiamente dicha, existe por una parte la adquisición de la cosa y la pérdida del derecho para reclamarla; la liberación de la obligación impuesta por el contrato, para el deudor, y la pérdida de la acción que la ley concede al acreedor para obligarlo á cumplir lo pactado. Por esa razón no estoy conforme, en el fondo, con la doctrina del artículo, que en mi opinión debería modificarse estableciendo la regla general contenida en el art. 3953. La razón apuntada por Aubry y Rau, y transcripta en la nota del Dr. Velez-Sarsfield, no tiene bastante fuerza para explicar esta desviación de los principios del derecho que consagra esta regla, *contra non valentem agere non currit prescriptio*, y que se justifica en las sucesiones, cuando el derecho está en suspenso hasta que ocurra el fallecimiento del testador ó donatario, pero no encuentro una razón poderosa para romperla en los demás casos, cuando el derecho no ha nacido aun y espera el cumplimiento de la condición que le da vida. Así, cuando dichos autores dicen: «la usucapión y prescripción de derechos reales en provecho de un tercer detentador no llenaría el objeto en vista del que han sido admitidas, si el curso de la prescripción debería ser detenido por el efecto de una condición ó de un término, independiente de toda acción interruptiva»; esas mismas razones aplicadas á las donaciones hechas en vida bastarían para no suspender la prescripción para adquirir irrevocablemente la cosa donada, dejando sin efecto el derecho de reducción, cuando perjudicase la legítima forzosa.



principio tiene sus excepciones y convendría corregir el artículo, cuando se revise el Código.

Es menos válida la razón que dan dichos autores para explicar la diferencia de la regla tratándose de las acciones personales cuando dicen: «esta disposición se aplica perfectamente á la prescripción de las acciones personales, fundadas únicamente en la negligencia del acreedor para perseguir sus derechos, por la consideración que el deudor *no puede ignorar la existencia de la obligación*, etc... Pero que en materia de usucapción ó de prescripción de derechos reales en provecho de un tercer poseedor, las cosas se presentan bajo un aspecto diferente. Por una parte la prescripción, en semejante caso, se funda principalmente en la posesión, y ella debe, por su naturaleza, cumplirse, á pesar de los obstáculos temporarios que impedirían á la persona en perjuicio de la cual procede. Por otra parte, el tercer poseedor puede ignorar la existencia de los derechos que habrían podido oponerle, y esta ignorancia se presume legalmente, art. 2268». ¿Cómo puede alegarse la ignorancia de un derecho que va escrito en la cosa adquirida? En nuestro sistema de transmisión de la propiedad, el Dr. Velez-Sarsfield no ha podido suponer que el tercer adquirente pudiera ignorar la existencia de la hipoteca ó de una servidumbre que gravase la propiedad; porque al hacerse el traspaso, el registro manifestaría los gravámenes que pesan sobre la propiedad transmitida. No hay, pues, ignorancia que alegar, porque en el título mismo de la adquisición va inscripto el derecho real. En cuanto al argumento de que la prescripción se funda en la posesión, sería igualmente aplicable á las donaciones entre vivos que perjudicaran las legítimas de los herederos forzosos, y según esta teoría no podrían reducirse, porque los poseedores alegarían la prescripción contra personas que no han podido ejercer sus derechos, más aún, que ignoraban si lo tendrían para pedir la reducción.

El ejemplo puesto por el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, me parece que no es pertinente para sostener la teoría del artículo, porque la hipoteca tiene un plazo señalado para su extinción, y pasados los diez años sin haber solicitado la renovación queda extinguida. En este caso no hay interrupción verdadera de la prescripción, que sólo puede hacerse por demanda, hay un derecho que el acreedor hipotecario ha debido poner en movimiento para que no se extinguiera, sin necesidad de entablar demanda. En los demás casos, ¿cómo y con qué títulos puede entablar demanda para interrumpir la prescripción? Es lo que dice la sentencia de la Corte de Casación francesa, 4 de Mayo de 1846, respondiendo á los que alegan que puede ejercer derechos conservatorios; «así, dice,





§ 1074. — QUIÉNES PUEDEN Oponer LA PRESCRIPCIÓN, Y FORMA EN QUE PUEDE HACERSE

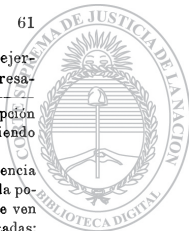
La prescripción puede oponerse, cuando se trata de adquirir una cosa, no sólo al propietario que la reivindica, sino aun los

no pueden reputarse actos conservatorios en el sentido del art. 1180, y en su aplicación en la causa actual, los actos que habrían sido necesarios para constituir una interrupción de la prescripción, que según los términos del art. 2244, Cód. Civ., (corresponde á nuestro art. 3986), no pueden ser sino una citación en justicia ó un embargo». Es cierto que esa sentencia se refiere á las donaciones que sólo pueden reducirse una vez ocurrida la muerte del donante; pero eso no altera la naturaleza del principio de que la prescripción no puede correr contra el que no ha adquirido el derecho.

Á pesar de las precedentes observaciones contra la doctrina de este artículo, siendo clara su disposición, así como los fundamentos consignados en la nota, debemos obedecerlo, sin perjuicio de aspirar á su reforma en el porvenir. Habría convenido restablecer la redacción del original de Aubry y Rau, que comprende todos los casos, cuando dicen: «*la usucapión y la prescripción de las acciones reales á favor de un tercer detentador, comienza, en general, á correr desde el día de la adquisición de la posesión ó de la cuasi posesión que le sirve de base*», porque el artículo comprende la prescripción para adquirir ó usucapión, y la prescripción propiamente dicha ó liberatoria.

La adquisición de la cuasi posesión comprende los derechos que siendo inmateriales no se pueden poseer en el sentido que se da á esta palabra; pero teniéndose el goce y uso de ellos se les aplica la cuasi posesión.

Son excepciones puestas á los principios enseñados por el artículo que estudiamos: el art. 1847, en la donación con cláusula de reversión sólo confiere una propiedad condicional y una vez realizada la reversión, deja sin efecto la donación con efecto retroactivo, pues los bienes donados vuelven al donante libres de toda carga ó hipoteca, como si la donación no hubiera existido. En este caso la prescripción comienza desde que el donante adquirió el derecho de reclamar los bienes. Es también, una excepción al principio del artículo, los derechos que no pueden reclamarse sino en calidad de heredero ó donatario de bienes futuros, ó sujetos á una opción que sólo tiene lugar después



acreedores que se hayan hecho autorizar por la justicia para ejercer sus derechos, si el propietario hubiera renunciado expresa-

de la muerte de la persona que los ha conferido, en que la prescripción comienza desde la apertura de la sucesión, art. 3953, porque no habiendo nacido aún el derecho, no ha podido comenzar á perderse.

La razón que dan los autores franceses para defender la diferencia entre los derechos reales y personales, de que aquella se funda en la posesión del tercer adquirente, no tiene solidez á mi juicio, pues se ven en la necesidad de hacer excepciones como las que dejamos apuntadas; y Aubry y Rau, contestando á los que arguyen con la sentencia de la Corte de Casación francesa, 4 Mayo de 1846, dicen: «esta sentencia es citada ordinariamente como contraria á la opinión enunciada en el texto; y los motivos allí desenvueltos, parecen, es verdad justificar esta apreciación. Pero en el fondo esta sentencia no contradice nuestra teoría, pues que ha sido dada en un caso en que se trataba, no de simples derechos condicionales, sino de derechos sucesorios»; como si los derechos reales adquiridos y sujetos á la doble condición de la muerte ó de la elección, ó á la de la muerte ó de la integridad de las legítimas no fueran verdaderos derechos cuya existencia dependiera de una condición para adquirir su irrevocabilidad.

Las consecuencias que se deducen del artículo son muy graves; Aubry y Rau, las condensan en esta forma:

«Los terceros adquirentes de inmuebles enajenados por un usufructuario, proscriben la propiedad, aún antes de la extinción del usufructo»; es decir, que teniendo un título translativo de dominio proscriben contra el nudo propietario por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, pero teniendo la posesión de la cosa. En nuestro sistema de transmisión de la propiedad raíz no es posible que tenga lugar la hipótesis de enajenación; pero sí la de la adquisición por la posesión treintenaria.

Continúan: «el tercer poseedor de los inmuebles comprendidos sea en una substitución, sea en una donación sometida á un derecho de reversión, sea en fin en una venta ó en un legado condicional, se proscriben la propiedad en perjuicio de los llamados, del donante, del adquirente ó del legatario, antes de la muerte del donatario ó del cumplimiento de la condición», consecuencia que no se puede aceptar en nuestro derecho, porque el art. 1847, establece lo contrario respecto á la donación con cláusula de reversión, y con relación al donatario en las causas de sucesión, no comienza la prescripción sino después de la muerte del donante, art. 3953.

Agregan: «el tercer adquirente contra el cual se transmitiese una



mente á alegarla, como sería un acto á título gratuito, pueden hacer declarar nula esa renuncia sin necesidad de demostrar que

acción resolutoria á la que se encontrase sometido su autor, puede en general usucapir, antes de la apertura de esta acción, el inmueble por él adquirido»; lo que tampoco admitiríamos en nuestro derecho, porque el enajenante no ha podido transmitir un derecho más extenso del que gozaba, y sólo podría suceder cuando el enajenante no ha sometido á esa condición al adquirente, en que teniendo buena fe y justo título, pudo prescribir desde la adquisición.

«En fin, la prescripción de la hipoteca establecida para seguridad, sea de una acreencia condicional ó á término, sea de un recurso eventual de garantía, que corre en provecho del tercer adquirente de los inmuebles hipotecados, antes del cumplimiento de la condición, del vencimiento del término, ó de la apertura de la acción de garantía»; lo que tampoco puede aplicarse en nuestro derecho, porque la hipoteca no se prescribe, pues el legislador argentino le ha señalado el plazo de diez años para su extinción, término que puede continuar, si fuera renovada por el acreedor.

En conclusión, debemos decir, que cuando se reforme el Código convendría corregir este artículo. — Comp. AUBRY y RAU, § 213, texto y notas 17 á 24. — Véanse arts. 1847, 3953, 3955, 3957 y 3980.

Notas del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3961. — Yo os he dado en hipoteca el inmueble A, en seguridad de una venta que os he hecho, y que no creéis libre de una evicción. Después vendo el inmueble A, y guardáis silencio hasta que llega la evicción de la cosa que os vendí, corriendo entre tanto el tiempo necesario para que el comprador la prescriba. ¿El tercer vendedor de la cosa la ha prescrito? No. según las Leyes Romanas. L. 3, § 3, Cód., comun. de Leg. Si según la resolución del artículo. — Las disposiciones anteriores sobre la prescripción de los créditos condicionales y de las acciones de garantía, no comprenden la adquisición de los derechos reales, ni la extinción de iguales derechos á beneficio de un tercer poseedor de la cosa. La prescripción de las acciones personales, está fundada únicamente en la negligencia del acreedor para perseguir su derecho, pues el deudor no puede ignorar la existencia de la obligación; pero en la prescripción de los derechos reales, que está fundada sobre la posesión de la cosa, ella debe poderse cumplir, á pesar de los obstáculos temporarios que impidan á la persona en cuyo perjuicio procede, de ejercer su derecho. El tercer poseedor puede ignorar la existencia de los derechos que puedan oponérsele, ignorancia que legalmente se presume. Los que tienen derechos condicionales ó á plazos, pueden, como medida conservatoria, entablar una demanda que interrumpa la prescripción. La prescripción de los derechos reales no alcanzaría los motivos de su creación, si el curso de ella debiera ser discontinuado por efecto de una condición ó de un término. Los principales escritores sostienen la doctrina que forma el artículo. — Véase Aubry y Rau,

ha sido con objeto de defraudarlos; por eso dice el **art. 3963**: *los acreedores y todos los interesados en hacer valer la prescripción,*

(**Art. 3963.**) El presente artículo tiene una íntima correlación con el art. 961 y sig., porque trata de los derechos que los acreedores pueden ejercer en nombre de su deudor insolvente, cuando éste no quisiera usar de ellos perjudicando sus derechos.

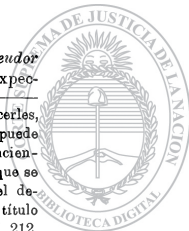
Comenzaremos por establecer que, la prescripción adquisitiva ó la usucapción es un título perfecto de adquisición, como el mejor, cuando se han llenado las condiciones establecidas por las leyes, y que la prescripción liberatoria produce el efecto de extinguir la obligación que ligaba al individuo para ejecutar un acto, ó abstenerse de lo que habría podido hacer. En el primer caso, como medio de adquirir la propiedad, una vez cumplida la prescripción que lo hace dueño, puede disponer de la cosa así adquirida y pasarla á sus sucesores, con esta particularidad, que si la prescripción no estuviera cumplida, sus herederos pueden completar el tiempo que faltare, y lo mismo puede hacerlo para libertarse de las obligaciones que su causante hubiera contraído. De estos principios reconocidos nacen consecuencias de grande importancia, que vamos á estudiar separadamente.

Como tratándose de la usucapción el bien adquirido por este medio está en el patrimonio del adquirente, es claro que si renuncia á él reconociendo en el propietario que tenía un título que no pudo hacer valer por haberlo perdido, realiza una enajenación verdadera, que nadie puede reclamarle, siempre que no perjudique á terceros. Puede obedecer á un sentimiento de honor ó de conciencia reconociendo un derecho extinguido; puede negarse á deducir un recurso que no reputa honorable; pero cualquiera que sea el móvil de su renuncia á ese derecho, no podrá hacerlo si perjudica los derechos de terceros interesados, quienes podrán oponerse ejerciendo los de su deudor en la medida del perjuicio que reciban. Pero se pregunta: la renuncia á un bien adquirido por la prescripción, ¿es un acto á título oneroso ó gratuito? La respuesta no me parece difícil tratando el punto bajo la faz del derecho; porque no es oneroso en el sentido de que se priva del bien sin recibir un beneficio pecuniario, y porque el art. 1139 dice: que los contratos son á título oneroso cuando las ventajas que procuran á una ú otra de las partes no les es concedida

§ 213, nota 14.—Troplong, *Prescrip.*, desde el n° 791. — Merlin, *Rep. verb. Prescrip.*, Secc. 3, § 2, art. 2. — Toullier, tom. 6, nos 527 y siguientes. — Duranton, tom. 20, n° 312 y tom. 21, n° 928.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3961.—Véase fallo al art. 3156.—Jur. Com., X, 92, Ser. 2°.





pueden oponerla á pesar de la renuncia expresa ó tácita del deudor ó propietario; porque como no se refiere á un derecho en expec-

sino por una prestación que ella le ha hecho, ó que se obliga á hacerles, y si bien es cierto que el adquirente por medio de la prescripción puede decir, que recibe un beneficio al satisfacer los dictados de su conciencia, ese beneficio sólo es en el orden moral, como la satisfacción que se siente al hacer el bien á otro; pero de esas ventajas no se ocupa el derecho. Si el acto no es, pues, oneroso, necesariamente debe ser á título gratuito, porque nada se recibe del beneficiado. Laurent, XXXII, 212, sostiene que el acto no importa una donación, y se funda en que ésta supone un espíritu de liberalidad, mientras la renuncia á la prescripción puede ser sólo un escrúpulo de conciencia; y nosotros contestamos, ¿por qué puede ser un escrúpulo, algunas veces, se pretende quitar al acto su significado visible que es el de beneficiar desprendiéndose de una cosa que nos pertenece, en favor de otro que no nos da prestación alguna en cambio? Es que en los actos jurídicos no se puede ir á penetrar el móvil oculto que nos hace proceder de un modo ó de otro; esa intención queda reservada al fuero interno del individuo, como que pertenece á un orden diverso del que se ocupa el derecho; el orden moral, está fuera de la esfera del derecho. Así, la satisfacción de la conciencia, el cumplimiento de los deberes impuestos por la religión, son ajenos al derecho, que sólo se ocupa de la manifestación exterior, y la traduce por lo que ella demuestra. Cuando un individuo da gratuitamente una cosa á otro, el derecho toma la causa aparente, el beneficio que produce en el que la recibe, sin entrar en averiguar si esa acción procede de una idea moral ó religiosa, si es el cumplimiento de un deber que permanece oculto en nuestro ser, ó tiene algún otro móvil; toma el acto por el resultado manifiesto que es su efecto, y lo clasifica entre los á título gratuito, si el que recibe la cosa no ofrece prestación alguna, ó entre los onerosos si es compensado por otras prestaciones equivalentes. Sostengo, pues, que entregar el bien adquirido por prescripción al que fué dueño anteriormente es una donación, cuando nada se ha recibido en cambio, y que los herederos forzosos pueden reducirla si perjudica á sus legítimas, así como los acreedores del renunciante tienen derecho para hacer revocar la renuncia en la parte que les perjudica. Dunod, formulaba la regla en estos términos: «si el que ha prescrito descuida prevalecerse de la prescripción, sus acreedores podrían hacerlo si tuviesen interés en ello, porque la prescripción forma un derecho adquirido del que no se puede despojar en perjuicio de sus acreedores». Y para concluir sobre esta cuestión, oponiendo á la autoridad de Laurent, los razonamientos expues-

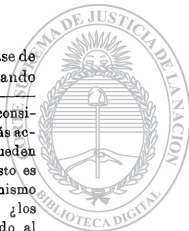
tativa, que no se puede adquirir definitivamente hasta que no se haya cumplido el tiempo determinado por la ley, los acreedores

tos y la autorizada palabra de Troplong, transcribiré lo que este dice: «si queréis mostraros generosos no prevaleciéndoos de una caducidad que os repugna, podeis hacerlo sin duda, pero á condición de libertaros ante todo de las deudas más urgentes, y que no comprometais la suerte de los acreedores que han sabido mantener sus derechos. . . . Si al contrario, no podeis pagar la deuda de conciencia, sino con perjuicio de los que tienen la doble sanción de la conciencia y de la ley, vuestros escrúpulos son irreflexivos; tal vez ocultan una colusión!! y como no es de un hombre justo el sacrificar sus obligaciones más estrechas á las que tienen menos favor y fuerza, la ley supone de pleno derecho que hay fraude en la renuncia; la anula sin inquirir el motivo, tal vez excusable, pero muy imprudente»; porque toma el acto como gratuito, y procede con arreglo al art. 967. La renuncia en este caso importa la entrega de un bien que forma parte del patrimonio del renunciante, y de que ha podido privarse haciendo uso de lo que es suyo, pero sin perjudicar á tercero.

Como una consecuencia de lo que acabamos de exponer se pregunta, si los acreedores pueden hacer retractar ó anular una renuncia contenida en un contrato consumado con las formalidades de la ley, ó si una vez pagada la deuda prescrita, los acreedores pueden reclamar el pago del que lo recibió el acreedor.

En el primer caso, debemos hacer una distinción: si la renuncia proviene de una transacción, no podrían atacarla, porque es un contrato en que se abandona una pretensión ó un derecho que el contrario niega ó desconoce, mediante otro abandono hecho por éste que ha renunciado al derecho, no es un acto á título gratuito; lo mismo diríamos si el contrato consumado llevase como resultado un beneficio en favor del renunciante, porque entonces sería necesario demostrar el fraude ó dolo para atacarlo; pero cuando el reconocimiento fuere puro y simple, sin recibir beneficio alguno, creo con Troplong, que los acreedores en cuyo perjuicio se ha hecho podrían atacarlo, porque es una donación. En efecto, si se tratase de una casa adquirida por prescripción, que se entregase al antiguo dueño que la hubiera perdido, no podría negarse que es una enajenación á título gratuito, y que si tenían derecho para anular cualquier acto, de esta clase, ejecutado en perjuicio de sus derechos, ¿por qué no podrían dejar sin efecto un acto semejante? ¿Y qué importaría entónces, la expresión del artículo, cuando dice: los interesados pueden oponer la prescripción á pesar de la renuncia expresa ó tácita? Observaremos que el artículo se refiere á los correlativos que son el 961 á 965, que permiten





pueden ejercer las acciones del propietario, y cuando se tratase de obligaciones del deudor pueden oponer la prescripción alegando

á los acreedores ejercer todos los derechos de su deudor, y por consiguiente la prescripción adquirida, así como pueden atacar los demás actos ejecutados por su deudor en fraude ó perjuicio de sus derechos; pueden hacer declarar nulo y de ningún valor el acto ejecutado. Pero esto es con relación á los contratos concluidos; si tratamos de estudiar el mismo caso, cuando se ha pagado una deuda prescripta, se pregunta: ¿los acreedores tienen facultad para hacer devolver el dinero entregado al acreedor que había perdido el derecho de cobrarlo? La dificultad es sólo aparente, porque el deudor se encuentra en el mismo caso que si hubiera donado esa cantidad, en que los acreedores pueden anular el acto. Troplong, demuestra con razones que no dejan duda, la verdad de esta tesis, contra la opinión de Vazeille, que sostiene lo contrario.

Pero ¿qué sucedería cuando demandado judicialmente el deudor, no opusiera la prescripción en su defensa y se dejara vencer? ¿Podrían los acreedores del insolvente ir contra la sentencia? Sólo admitiría esa facultad, cuando se demostrase colusión ó fraude entre acreedor y deudor, no en caso contrario; porque se trata de una sentencia que ha adquirido la autoridad de la cosa juzgada, y que no puede atacarse sino en este caso; pero si ha alegado otras excepciones, creyendo inútil la prescripción, ha usado de un derecho perfecto; más si nada hubiere dicho, si hubiese renunciado á la única defensa que tenía, se debe suponer, con razón, que esta circunstancia indica una colusión entre demandante y demandado.

¿Qué alcance debe darse á la expresión del artículo cuando dice: los acreedores y todos los interesados en hacer valer la prescripción?

Acabamos de hablar de los acreedores. ¿Cuáles son los demás interesados? Los primeros que se presentan son los que han garantido la deuda prescripta; el reconocimiento ó renuncia que el deudor hiciera, no ligaría al fiador ó garante; es decir, no tendría bastante fuerza para hacer renacer la garantía extinguida; porque la fianza como obligación accesoria ha desaparecido con la principal, y si el deudor por un acto personal ha dado existencia á la acreencia extinguida, no puede perjudicar al fiador que alegará la prescripción de la deuda cuando sea demandado.

¿Están comprendidos igualmente, entre los interesados de que habla el artículo, los herederos presuntivos, los herederos instituidos, después del fallecimiento, y los forzosos?

En cuanto á los primeros, la cuestión no ofrece duda, porque los he-

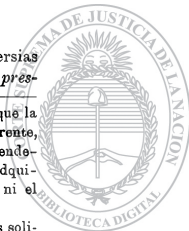
su liberación; pero se necesita siempre que la excepción sea deducida, porque la justicia civil jamás procede sin petición de parte

herederos presuntivos no poseen derecho alguno, pues sólo tienen una esperanza que puede desvanecerse por cualquier circunstancia. Respecto á los instituidos que han aceptado la herencia después del fallecimiento del testador, representan su persona, y no sólo no pueden atacar los actos que ha realizado su causante, sino que están obligados á ejecutarlos. Pero varía de especie cuando se habla de los herederos forzosos á quienes la ley les señala una parte determinada de la herencia que no puede ser disminuída por la voluntad del testador. En estos casos soy de opinión que tratándose de bienes que han estado en el patrimonio del causante, y que éste ha entregado gratuitamente al propietario antiguo á quien había perdido sus derechos, si perjudicasen su legítima forzosa, podrían reclamarlos hasta completarlos.

Si suponemos que una deuda ha sido garantida con hipoteca, y que el bien raíz hipotecado ha pasado á un tercer poseedor, ¿podrá el hipotecario alegar la prescripción de la deuda para libertarse de la hipoteca, aunque el deudor hubiera renunciado á la prescripción? Si el fiador no puede ser obligado á pagar una deuda prescripta, aunque esté reconocida por el deudor, porque si éste es dueño de renunciar á su derecho, no puede perjudicar á su fiador haciendo nacer una obligación extinguida, con menos razón podrá obligar al hipotecario á que reconozca una obligación extinguida para él. Téngase presente que la cuestión sólo podría tener lugar, cuando la inscripción de la hipoteca hubiera sido renovada, porque extinguiéndose á los diez años desde su otorgamiento, no ha podido continuar sino por medio de la renovación.

Cuando el deudor ha hipotecado un inmueble adquirido por prescripción, y posteriormente demandado por reivindicación por el dueño anterior, lo entregase sin alegar la prescripción, se pregunta, si el acreedor hipotecario se perjudicaría con esa renuncia y podría oponerse á la reivindicación. Por mi parte, creo que sólo en una hipótesis puede ocurrir la duda, y es cuando la propiedad no estuviera adquirida definitivamente, y corriendo la prescripción se completase en adelante, en que el acreedor hipotecario no tendría por qué quejarse desde que aceptó en garantía de su crédito un bien que no era de su deudor, y el dueño que usando de su derecho la reivindicó, recibirá la cosa libre de todo gravamen; pero en caso contrario no puede caber duda, ha garantido con una cosa que era suya, y la entrega de ese bien, sea por venta, donación ó cualquier otro título, en nada perjudicaría el derecho del hipotecario que demandaría al deudor, y ejecutaría la cosa gravada.





interesada, pues la misión de los jueces es dirimir las controversias entre las partes; así, pues, *el juez no puede suplir de oficio la pres-*

Se debe tener como un principio de derecho en esta materia, que la renuncia á la prescripción no puede perjudicar al tercer adquirente, cuando ha tenido lugar después de la enajenación, así es que el vendedor, cesionario, permutante, donante, etc., no puede perjudicar al adquirente por la renuncia posterior á la enajenación, pues que la cosa ni el derecho le pertenecen, son de otro.

La excepción de prescripción alegada por uno de los deudores solidarios aprovecha á todos los demás codeudores, porque están autorizados recíprocamente para oponerla; pero si fueren deudores mancomunados ó separados, aprovechará únicamente al que la hubiera deducido.

¿Se puede renunciar de antemano á la prescripción? Ha sido una cuestión muy debatida entre los jurisconsultos; pero me parece que la negativa ha triunfado; porque las renunciaciones generales hechas por las partes respecto á las leyes que miran al interés público, son de ningún valor como lo establece el art. 19. La prescripción es de orden público y no puede renunciarse de antemano, como no se puede renunciar al derecho de atacar el dolo ó el fraude en los contratos; pero una vez que la prescripción ha dejado de ser tal, por la adquisición de la cosa, ó que el contrato fraudulento se ha realizado, uno y otro hecho entran en el derecho privado, y el adquirente puede renunciar á la prescripción siempre que no perjudique á tercero, y lo mismo haría el contratante que fué víctima del fraude, confirmando el acto y renunciando al recurso.

En cuanto á la renuncia puede ser expresa ó tácita, dice el artículo. Es expresa cuando resulta de una manifestación explícita de la voluntad contenida en un acto escrito que así lo demuestre. La tácita resulta de los hechos ejecutados en que se demuestra claramente el abandono del derecho. Haremos notar con relación á la renuncia expresa lo que dice Troplong, «que siendo la renuncia un acto que debe proceder de una voluntad íntima y reflexiva, no debe resultar de esas declaraciones que se encuentran en los escritos de los expedientes que son más bien el hecho de los procuradores ó abogados, y no de las partes mismas que son extrañas á ellas».—Comp. MARCADE, al art. 2225, n° 2. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, 105 y sig. TROPLONG, I, 102 y sig.—Véanse arts. 961 á 965, 1196, 2022 y 3965.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3963.—Cód. Francés, art. 2225.—Napoli-tano, 2131.—Holandés, 1989.—De Luisiana, 3421.—Porque los acreedores pueden hacer valer todos los derechos y acciones de los deudores, que no sean exclusi-vamente personales de éstos. En cuanto á los *interesados en hacer valer la*

prescripción (art. 3964); aunque las leyes de procedimientos que las provincias dictaren en uso de sus atribuciones, los autorizasen para

(Art 3964.) La prescripción, sea liberatoria ó adquisitiva, es siempre una defensa, una excepción que debe deducirla el que se ampara con ella y defiende su adquisición ó su liberación. Así, pues, no hay prescripción sin que se alegue por el dueño del derecho, y el juez no puede suplirla de oficio, á semejanza de lo que sucede en las nulidades manifiestas, que tocando al orden público, el juez debe declararlas por su autoridad; por ejemplo, una escritura de venta de un bien raíz otorgada por un menor de diez años, cuya ejecución y entrega se solicitare, el juez, aunque no se alegare la nulidad, debe declararla de oficio.

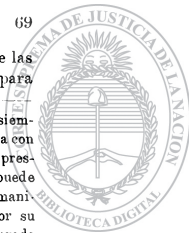
La prescripción, como todas las excepciones que se fundan en hechos, debe probarse por el que la alegare, y sería comprometer la autoridad de la justicia exponerla á errores que se cometerían, si se juzgaran sin atender á los hechos alegados por las partes.

No se confunda la prescripción con las disposiciones prohibitivas en que la autoridad no debe prestar su fuerza para violar la ley; así, un testamento por acto público otorgado ante dos testigos, presentado por todos los interesados conformes en que se tenga como última voluntad, el juez de oficio lo declararía nulo y ordenaría se procediera como si el testador hubiera fallecido intestado.

El precepto contenido en el artículo no da lugar á excepción alguna; los jueces no podrán declarar la prescripción de oficio en favor de los menores ó interdictos cuando no fuera alegada por los tutores, lo que prueba una vez más que el sistema del Código es incompleto á este respecto, como lo hicimos notar en la tutela, porque los curadores y tutores pueden perjudicar á los pupilos ó incapaces, sin darles los medios para resarcirlos del perjuicio cuando no tuvieran bienes propios; pero afortunadamente el art. 493 autoriza expresamente al Ministerio de Menores para deducir las acciones que correspondan á los tutores ó curadores cuando éstos no lo hicieran, resolviendo así la cuestión suscitada en derecho francés en favor de la opinión de Vazeille y Dalloz.

En cuanto á la razón de esta regla que ha sido combatida vivamente por Troplong, quien pretende que el Código debió declarar extinguida la acción de pleno derecho, Baudry-Lacantinerie y Tissier, 41, dicen: «la prescripción trae consigo algunas veces una cuestión moral ó de conciencia, pues que puede terminar en una expoliación injusta. Si el

prescripción, véase Troplong. *Prescrip.*, desde el n° 103. — Vazeille, *Prescrip.* nos 348 y siguientes.



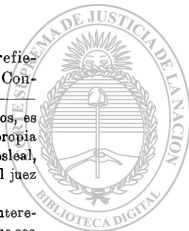
declararla de oficio, porque se trata de leyes, que si bien se refieren á la jurisdicción que está fuera de las atribuciones del Con-

legislador ha creído deber admitirla como posible en todos los casos, es necesario dejar al que debe aprovechar de ella que sea juez en su propia causa. La ley pone en sus manos una arma cuyo uso puede ser desleal, él debe juzgar si debe servirse de ella». ¿Porqué intervendría el juez con su autoridad en estos casos de conciencia?

Concluimos, pues, que la prescripción se debe alegar por el interesado para que el juez la considere como excepción ó defensa, sin que sea necesario valerse de términos sacramentales; basta que los empleados no dejen la menor duda. Tampoco será necesario invocar la prescripción respecto de los intereses, cuando se la ha opuesto con relación al capital, porque si la deuda principal está prescripta, los intereses no tendrían razón de ser. Del mismo modo, en la prescripción adquisitiva, si el demandado alegase la prescripción de treinta años, el juez al resolver tiene derecho para estudiar si es aplicable la de diez y veinte años, y aunque rechazara la alegada puede aceptar la que á su juicio resultara probada; porque la ley sólo prohíbe á los jueces el suplir de oficio la prescripción, sin impedir que una vez alegada pueda aplicarse la que resulte de los hechos probados. Se ha decidido en la jurisprudencia francesa, que se considera como si hubiera opuesto la prescripción á aquel que ofrece probar una posesión tranquila y sin interrupción; al que después de una prueba sobre la posesión alegada, concluye, apoyándose en esa posesión, pidiendo que se rechace la reivindicación demandada; que si el deudor reconoce únicamente los intereses alegando que el acreedor no tiene derecho á más, se reputa haber alegado la prescripción del capital. Se ha resuelto, igualmente, que cuando se hubiere alegado la prescripción conjuntamente con otras excepciones, si el juez considerase válidas las demás y no aquélla, será necesario repetirla en la segunda instancia, si hubiere apelado la parte vencida, para demostrar que no ha renunciado á la prescripción.

Finalmente, se debe concluir que la regla del artículo rige para toda clase de prescripción. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, 41 y sig. LAURENT, XXXII, 181.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art 3964. — Cód. Francés, art. 2223. — Napolitano, 2129. — Holandés, 1997. — De Luisiana, 3426. — Troplong critica largamente la resolución del Código Francés, igual al nuestro, diciendo que sin razón alguna se ha tomado del Derecho Romano; que siendo temporarias todas las acciones, sería lógico no admitir una acción fundada sobre una obligación extinguida por la prescripción, mientras que el demandado no renunciare ex-



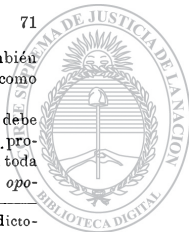
greso, en lo que respecta á las provincias, corresponde también á las leyes de fondo, que pueden ordenar la forma y modo como debe ejercerse la acción concedida por el Código Civil.

En cuanto al tiempo y forma en que la prescripción debe oponerse, corresponde á las leyes de procedimiento de cada provincia; pero en la Capital y Territorios Federales regirá en toda su estrictez el **art. 3962**, que dice: *la prescripción puede o-*

(**Art. 3962.**) La redacción de nuestro artículo parece contradictoria, porque en la primera parte autoriza á oponer la prescripción *en todo estado del juicio*, y siempre que la sentencia no haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, indicando así, que puede oponerse en cualquier instancia y en cualquier momento, mientras en la segunda, reaccionando contra lo estatuido en la primera, prohíbe que se deduzca ante los Tribunales superiores, sino resulta probada por documentos ó testigos. ¿A qué queda entonces reducida la primera, que autoriza para deducirla en cualquier estado del juicio? Esta especie de contradicción resulta de la yuxtaposición de dos artículos diversos, con que se ha formado el que estudiamos, como lo hace notar el mismo Dr. Velez-Sarsfield. En efecto, el art. 2224, Cód. Francés, dice: «la prescripción puede ser opuesta en cualquier estado del juicio», habiendo el codificador suprimido lo demás, en que se autoriza á oponerla ante la Corte, á menos que la parte que no la opuso, se presumiera haber renunciado á ella, por las circunstancias que hubieran mediado. Así es que, según dicho Código, la prescripción puede oponerse en cualquier estado del juicio y aun ante la Corte. Pero el Dr. Velez-Sarsfield completó esa parte trunca del artículo con una disposición del Cód. de Luisiana, art. 3428, que es—

presamente á valerse de este medio. Nosotros contestaremos con uno de los autores del Código Francés, que el tiempo solo no causa la prescripción, que es preciso que con el tiempo concurra una larga inacción del acreedor, ó una posesión que tenga todos los caracteres que la ley exige. Esta inacción, ó esta posesión no pueden ser conocidas y verificadas por los jueces, mientras no sean alegadas y probadas por el interesado. El juez, supliendo de oficio la prescripción, supliría hechos que debían demostrarse, y los jueces no pueden suplirlos de oficio. A más, muchas veces la conciencia puede resistir el oponer la prescripción. El que sabe que no ha pagado una deuda, puede no querer oponer la prescripción, y ésta resultaría opuesta sólo por el juez, si no admitiere la demanda del acreedor, por haber corrido más de diez años, desde el nacimiento de la obligación.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3964.— Los jueces no pueden en ningún caso, aplicar la prescripción de oficio.—Jur. Com., III, 71, Ser. 1°.





nerse en cualquier instancia, y en todo estado del juicio, anterior al tiempo en que las sentencias hayan pasado en cosa juzgada,

tablece lo contrario, pues prohíbe alegar la prescripción ante la Corte Suprema, á menos de resultar probada por instrumentos ó testigos, en cuyo caso puede alegarse, aunque no se hubiera opuesto ante los Tribunales inferiores. Con razón se dice que no es fácil justificar semejante restricción. En efecto; ¿por qué impedir que se alegue y pruebe en cualquier instancia, un medio de defensa que la ley ha dado al poseedor? Si creyendo que sus títulos lo garantían y no necesitaba alegar esa excepción, ó si por olvido ó ignorancia dejó de hacerlo, ¿por qué impedirle el deducirla en cualquier estado del juicio? Bigot-Préameneu, en su exposición de motivos, explica los fundamentos del art. 2224, diciendo: «la prescripción puede ser opuesta en cualquier estado de la causa, aun ante el Tribunal de apelación; el silencio á este respecto puede haber sido determinado por la opinión de que los otros medios eran suficientes, y el derecho adquirido por la prescripción no conserva menos toda su fuerza hasta que la autoridad de la cosa juzgada haya fijado irrevocablemente la suerte de las partes». Por esta razón creo que es preferible restablecer en su integridad el artículo del Código francés cuando se haga la reforma del Código.

Lo que nuestro artículo prohíbe en substancia, es que se ofrezca la prueba de la prescripción ante los Tribunales superiores, permitiendo que se alegue únicamente, cuando sin haberla deducido en la primera instancia resultase probada en los mismos autos, sea por los documentos presentados, sea por testigos. Así es que la limitación es con relación á la prueba que no se permite en la segunda instancia.

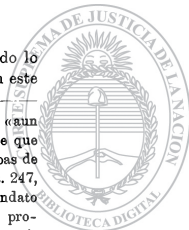
Otra cuestión de gravísima importancia, y que se salvaría restableciendo el texto del art. 2224, Cód. Francés, es la de averiguar, si el Congreso tiene facultad para incorporar al Cód. Civil un artículo que corresponde á los procedimientos del juicio. Me parece que el Dr. Veíez-Sarsfield, en vez de seguir la regla establecida en el art. 2108, refiriéndose á lo que establezcan las leyes de procedimientos judiciales que sólo las provincias tienen derecho para dictar, ha ido más allá de las facultades que corresponden al Congreso. En efecto, la ley de fondo declara el derecho y concede la acción que lo pone en movimiento cuando es atacado ó violado, y va hasta á determinar la forma que debe tener el acto jurídico, sin que toque por esto el procedimiento en los juicios que corresponde á otro poder; pero cuando un derecho debe hacerse valer en juicio, reclamando el auxilio de la autoridad para que lo declare y lo ampare con su fuerza, entonces entra la ley de proceso que determina

pero ante los tribunales superiores no puede oponerse, sino resulta probada por instrumentos presentados, ó testigos recibidos en pri-

el orden y la forma en que ese derecho debe producirse; viene el juicio y la controversia que cae bajo la autoridad de las leyes de procedimiento. Así, por ejemplo, si se tratase de la evicción, la ley de procedimientos determinará en qué estado del juicio deberá ser citado el vendedor, ó el enajenante que tuviera la obligación de eviccionar. Las leyes 32 y 33, tít. 5, Part. 5ª, exigían que la citación de evicción se hiciera antes de la publicación de las probanzas, so pena de perder el derecho, á menos de probarse que era inútil porque no había defensa que oponer; mientras el art. 968 del Cód. de Proc. de Santa Fe exige que la citación se haga al entablar la demanda ó antes de deducirla, y el demandado debe hacerlo dentro de los nueve días perentorios para oponer excepciones dilatorias. Cada provincia tiene derecho para determinar el tiempo y la forma en que deberá deducirse la acción que la ley de fondo concede para defensa del derecho reconocido y declarado. Lo mismo podría haberse hecho con la prescripción, cuya excepción se debiera admitir en segunda ó tercera instancia, aunque no esté probada en las anteriores, sin que este artículo pueda ser un obstáculo, porque el Congreso no tiene facultad para dictar leyes sobre el procedimiento sino en la Capital Federal y territorios nacionales, procediendo en estos casos como Legislatura local. Pero digamos en defensa de la doctrina del artículo, que raro será el caso en que no se hubiera deducido en primera instancia este recurso, y más raro aún que no resulte de la misma demanda ó de los documentos que se presenten; así es que, por punto general, aunque no se hubiera alegado la prescripción ante los Tribunales inferiores, podrá hacerse ante los superiores.

Cuando el pleito se ha decidido irrevocablemente por una sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada, no hay recurso alguno, y el derecho que acuerda la prescripción estaría irremisiblemente perdido; por eso reputo inexacta la afirmación de algunos cuando sostienen que, «la ley de procedimientos de la capital permite oponer la excepción de prescripción aun después que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, cuando se va á hacer cumplir la sentencia»; porque el art. 539, Cód. de Procedimientos, en que se funda semejante afirmación, hablando de la ejecución de la sentencia que se sigue por la vía de apremio sólo admite como excepciones: 1ª, la falsedad de la ejecutoria y la prescripción de la misma; sin permitir que se reabra un juicio completamente concluido. La prescripción de la ejecutoria significa el haber dejado pasar el tiempo en que la ley concede el derecho de ejecutar por la vía de apremio.





mera instancia. Cuando las provincias hubieran determinado lo contrario, se atenderá á lo que ellas dispongan; porque en este

Tampoco estoy conforme con los mismos cuando afirman que, «aun en los casos señalados en esta segunda parte del artículo, siempre que sin culpa del oponente no se hubieran podido establecer las pruebas de que se habla, es natural que en segunda instancia se admitan, art. 247, ley de Procedimientos de la Capital»; porque eso es ir contra el mandato expreso del artículo, que sólo admite la excepción cuando resulte probada la prescripción, por los instrumentos presentados ó testigos recibidos. Si cada autor estuviera facultado para agregar por equidad ó por analogía una excepción no autorizada por la ley, fácilmente la dejaríamos sin efecto. No; en la Capital Federal donde esta disposición se aplicará en toda su estrictez, debe obedecerse sin hacer más excepción que la indicada en el mismo artículo. — Comp. TROPLONG, I, 95 y sig. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *Prescripción*, n° 48 y sig.

Escrito lo que precede, al buscar la concordancia para indicarla, me encuentro con que Goyena, en el art. 1941, apoya la opinión sostenida en la segunda parte de este comentario, al decir: «á pesar del ejemplo y autoridad de todos los Códigos, yo habría dejado la materia y decisión de este artículo para el de *procedimientos civiles*, donde habla de la naturaleza y especie de las excepciones, del tiempo y forma de oponerlas: la prescripción, bien se llame perentoria, bien mixta ó anómala, no es más que una excepción; y en el Código indicado, tal vez se *reformulará ó modificará* la declaración aquí hecha»; lo que indudablemente sucederá entre nosotros por las Legislaturas provinciales que no pueden ser coartadas por el Código Civil en lo que corresponde á sus facultades.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3962.— En cuanto á la primera parte, Cód. Francés, art. 2224. — Napolitano, 2130. — En cuanto á la segunda, Cód. de Luisiana, art. 3428.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3962.— No puede oponerse la prescripción ante los tribunales superiores sino resulta probada por instrumentos públicos, ó por testigos recibidos en primera instancia.— Jur. Civ., II, 523, Ser. 1°.

Opuesta la prescripción al alegar de bien probado, debe substanciarse debidamente oyendo sobre ella á la parte contra la cual se opone.—Jur. Civ., IV, 71, Ser. 2°.

La sentencia que resuelve el litigio sin la debida substanciación de la prescripción adolece de nulidad; la Cámara debe declararla, aunque interpuesto el recurso, el apelante no la funde al expresar agravios. — Jur. Civ., IV, 71, Ser. 2°.

La falta de pronunciamiento del Juzgado, sobre la excepción de prescrip-

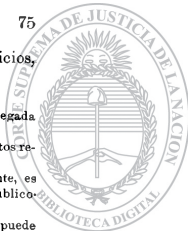
caso es evidente que se trata del procedimiento en los juicios, que está reservado exclusivamente á las Provincias.

ción opuesta en el alegato, no puede fundar la nulidad de la sentencia alegada por la parte contra quien fué opuesta.—Jur. Civ., X, 370, Ser. 4°.

La prescripción es procedente en cualquier estado del juicio si de autos resulta justificada.—Jur. Civ., IV, 201, Ser. 3°.

Para que la prescripción opuesta en segunda instancia sea procedente, es necesario que resulte justificada de autos, ó se funde en instrumento público.—Jur. Civ., I, 244, Ser. 3°.

Consentida la sentencia que rechaza la prescripción, el excepcionante puede oponerla en segunda instancia, y el Tribunal conocer de su procedencia.—Jur. Com., III, 154, Ser. 4°.



CAPITULO PRIMERO
DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN



§ 1075. — DE LA SUSPENSIÓN PARA LOS MENORES É INCAPACES

La prescripción que ha comenzado á correr puede quedar sin efecto por la interrupción que borra, por decirlo así, el tiempo transcurrido, y se considera como si jamás hubiera existido, ó por la suspensión que impide contar el tiempo de la posesión, mientras existe la causa que la suspendió, pero no perjudica al tiempo pasado, y una vez que ha vuelto á correr, se une al tiempo anterior. Así pues, la suspensión mira al porvenir, sin tocar al pasado, é impide que la prescripción comenzada continúe corriendo mientras existe la causa que la hizo suspender; por el contrario, la interrupción tiene su campo de acción sobre el pasado que destruye y anonada sin extender su acción sobre el porvenir.

Cuando el **art. 3966** dice: *la prescripción no corre contra los*

(**Art. 3966.**) Es necesario hacer una diferencia fundamental entre la suspensión de la prescripción y la interrupción, fijando así los principios que dominan ambas instituciones del derecho, para no confundir sus efectos. La suspensión tiene el poder de parar los efectos que la prescripción venía produciendo; pero una vez que ha cesado la causa que la suspendió, continúa corriendo como si no se hubiera suspendido, sin contar el tiempo que estuvo en suspenso; es decir, vuelve á correr desde el momento en que se paró, á semejanza del arroyo que hemos detenido por un dique. que sigue su curso como antes una vez desaparecido el obstáculo. La interrupción obra de un modo diverso, y es más grave por los efectos que produce, pues deja sin efecto y aniquila, por decirlo así, el tiempo

menores de edad, estén ó no emancipados, ni contra los que se hallen bajo una curatela, aunque la prescripción hubiere comenzado

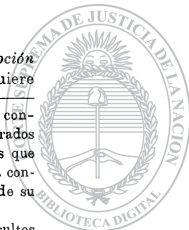
transcurrido, como si jamás hubiera corrido; pero tiene de característico que desde el último acto interruptivo comienza una nueva prescripción, que volverá á quedar sin efecto por un nuevo acto de interrupción, para repetirse el mismo fenómeno de una nueva prescripción comenzada. La suspensión no ataca la prescripción ni destruye los efectos que venía produciendo, únicamente los detiene para dejarlos que continúen más tarde, cuando desaparezca la causa que produjo la suspensión; mientras la interrupción anonda el tiempo transcurrido para volverse á contar desde el último acto. Así, pues, la suspensión de la prescripción es una especie de privilegio semejante al de la restitución *in integrum*, concedido en favor de los incapaces contra quienes la ley concede que no corra, mientras dure la incapacidad, poniéndolos á cubierto del error ó negligencia de sus tutores ó curadores, introduciendo la incertidumbre en la adquisición de la propiedad, cuando habría sido más conveniente asegurárselos que no pudieran ser perjudicados por sus guardadores, exigiendo á éstos hipoteca sobre bienes determinados, para responder por los perjuicios que les causaren; no la tácita de la antigua legislación; de este modo se aseguraría al adquirente que podría contar con la prescripción como un medio seguro para bonificar los defectos de su título. La Corte de Casación Francesa aconsejaba que no se admitiese la suspensión.

La suspensión es un beneficio concedido: 1º, á los menores, aunque sean emancipados, porque la emancipación no les confiere sino la administración de sus bienes, sin que puedan enajenarlos por su propia voluntad; 2º, á los que se hallaren en estado de interdicción bajo curatela, porque son absolutamente incapaces de ejecutar acto alguno; 3º, á las mujeres casadas en los casos de los arts. 3969 y 3970.

Uno se pregunta involuntariamente, por qué el legislador sólo ha comprendido á la mujer en los casos de los artículos citados, y no en general como á los demás incapaces. ¿No está acaso bajo la potestad marital como los menores? Es cierto que cuando es mayor de edad, el Ministerio de Menores no interviene, art. 60; pero esa circunstancia no ha debido influir para la suspensión de la prescripción, desde que la mujer no tiene facultad para interrumpirla, pues no puede demandar sin consentimiento de su marido ó del Juez.

El texto del artículo es general; la prescripción no corre contra los menores, y por consiguiente quedan comprendidos: 1º, los herederos menores de un propietario mayor, contra el que corría la prescripción, con





en la persona de un mayor á quien hayan sucedido, con excepción de los casos en que las leyes hubieren establecido lo contrario, quiere

excepción de la acción de nulidad de los actos jurídicos, que corre contra los herederos menores, art. 3968; 2º, los interdictos, sea declarados por sentencia, sea legalmente incapacitados por las leyes penales que les privan de la administración de sus bienes, mientras cumplen la condena; pero no debe comprenderse á los que estuviesen privados de su razón, y que no hubieran sido declarados incapaces.

Nuestro artículo no ha salvado la justa crítica que los jurisconsultos franceses hacen al art. 2252 del Cód. Francés, que le ha servido de modelo; porque concluye con una excepción general que arroja la incertidumbre en el espíritu del que estudia la disposición. En efecto, el Código francés concluye así: «salvo lo que se dice en el art. 2278, y con excepción de los otros casos determinados por la ley», y el nuestro, al copiarlo, ha dicho: «con excepción de los casos en que las leyes hubiesen establecido lo contrario», lanzando al estudioso en la vaguedad de una excepción general. No hay dificultad, cuando uno se encuentra con una disposición expresa como la del art. 1382 que le dice: el plazo de tres años para la retroventa corre contra toda clase de personas, aunque sean incapaces; pero ésta se presenta inmediatamente así que deja de existir la disposición expresa, pues la doctrina va hasta admitir excepciones virtualmente comprendidas, y que resultan del espíritu de la ley ó de los motivos que la han inspirado. Me parece que nosotros debemos desear semejante teoría que comprometería la doctrina enseñada por el artículo, que sólo exceptúa de la suspensión los casos en que las leyes hubieran dispuesto lo contrario. ¿Con qué derecho iríamos á buscar en el espíritu de la ley ó en los motivos, una excepción no establecida expresamente?

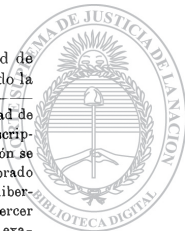
La última parte del artículo es una excepción á esta regla general enseñada en la primera: «la prescripción no corre ó se suspende contra los menores ó los que se hallaren bajo curatela»; como una consecuencia lógica de este principio, si la prescripción ha comenzado á correr contra un mayor de edad ó una persona capaz, se suspenderá si un incapaz le ha sucedido en sus derechos, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario; luego se necesita una disposición expresa, como la del art. 1382, que la hace correr contra toda clase de personas, ó como la de los arts. 3967 y 3968, en que comenzada contra un mayor corre contra los herederos menores; pero fuera de estos casos expresamente determinados, el juez ni el intérprete pueden crear excepciones bajo el pretexto de que se encuentran virtualmente concedidos; en una pala-

expresar, que la prescripción comenzada contra un mayor, no continúa, detiene su acción liberatoria, ó hace que el tiempo que

bra, la suspensión concedida para favorecer á los incapaces tendrá siempre lugar, mientras una disposición contraria no la hiciere correr, del mismo modo que la prescripción que ha comenzado no se suspenderá sino en virtud de una ley expresa. Los autores franceses sostienen lo contrario, estableciendo como un principio general, que las prescripciones *menores* corren contra los incapaces, fundándose en la autoridad de Pothier, que no sostiene semejante tesis, pues en su Tratado de obligaciones, núms. 682 y 683, enseña que, la prescripción no corre contra los menores y los que están bajo curatela; pero en el 684, no acuerda la suspensión contra los ausentes, en lo que tiene razón, porque si ha comenzado á correr desde que estuvo presente, no veo porque se suspendería por la ausencia. Es cierto que Dunot, en su Tratado de Prescripción, sostiene que toda prescripción anual ó menor, corre contra los ausentes y los menores, sin esperanza de restitución; pero ésta es una opinión de un autor muy respetable, y no puede oponerse á la ley, pues sólo exceptúa los casos en que las leyes hicieran correr la prescripción contra los incapaces.

El artículo dice claramente: la prescripción se suspende contra los incapaces que se *hallen bajo curatela*, indicando de una manera clara y precisa que no gozan de este beneficio los que no fueran declarados tales; por esa razón encuentro inaceptable la opinión de los que sostienen que, cuando la incapacidad es anterior y pública, de tal modo que dé lugar á la nulidad de los actos practicados con anterioridad á la declaración de incapacidad, se considere suspendida la prescripción aun durante esa época, art. 473; porque si bien sería equitativo que se hubiera comprendido ese caso, y cuando se practique una reforma convendría hacerlo, no es lo que manda la ley. Pothier, *Oblig.*, n° 683, apoya esa opinión que podría aceptarse bajo la legislación francesa, porque el art. 2252 sólo habla del interdicto, sin exigir, como el nuestro, que se halle bajo curatela; pero no es permitido corregir la ley al interpretarla; la misión del juez es aplicarla, y la del comentador iluminarla para que se le entienda en todas sus consecuencias. Cuando el artículo exige que el incapaz se encuentre bajo curatela para gozar del beneficio de la suspensión, es porque el legislador ha querido partir del hecho cierto de la declaración de incapacidad, que lleva consigo el nombramiento de curador. ¿Qué remedio puede existir para hacer desaparecer esta falta de equidad, que permite gozar del beneficio al demente declarado en juicio, y se le niega al no declarado, aun cuando la





venía corriendo, para que el poseedor adquiriera la propiedad de la cosa, se suspenda y no corra, hasta que haya desaparecido la

demencia sea notoria? El art. 398^o confiere á los jueces la facultad de liberar al acreedor ó al propietario de las consecuencias de la prescripción cumplida, cuando se demostrase que el ejercicio de la acción se hubiere hecho imposible durante cierto tiempo, y el curador nombrado al incapaz puede demostrar la demencia notoria de su curado para liberarlo de la prescripción. Es una facultad que los jueces deben ejercer con gran prudencia, dando intervención al demandante para que examine y pueda contradecir la prueba que se diere.

La disposición del presente artículo se aplicará naturalmente á las prescripciones comenzadas desde la vigencia del Código; pero, ¿qué leyes deben aplicarse á las comenzadas antes? Las antiguas, en cuanto al tiempo en que se opera la prescripción; eso es lo que se establecía antes que el Código tuviera los treinta años desde su publicación; pero habiendo comenzado á regir desde el 1^o de Enero de 1871, el 1^o de Enero de 1901 se han cumplido los 30 años exigidos por el art. 4051, y todas las prescripciones caen bajo la nueva ley. No se debe hacer distinción alguna al presente.

Se pregunta, si la prescripción de treinta años que corría contra los menores según la ley 9, tit. 19, Part. 6^a, se aplicaría á las prescripciones que han comenzado á correr desde antes de la vigencia del Código, y que se cumplen durante esa vigencia, cuando la nueva ley ordena suspender esas prescripciones para los menores de edad. Supongamos que la prescripción comenzó contra el mayor en 1865, y que falleció en 1871 dejando un menor de un año; la cosa se habría prescripto en 1895, según la antigua legislación; pero por la nueva, estando suspensa desde 1871, sólo habría comenzado á correr desde la mayor edad; es decir, en 1892, se contarían los seis años corridos, y los 24 que necesitaría para cumplir los 30 años, vendrían á cumplirse en 1916, porque no se cuentan los 21 años de la menor edad que estuvo en suspenso. Por mi parte creo que la prescripción habría corrido con arreglo á la ley antigua, porque si bien es un derecho en expectativa que la ley nueva puede alterar, el art. 4051 no lo ha alterado sino en cuanto al tiempo, diciendo que no permite prescripciones por más de treinta años desde la vigencia del Código, y que las de cuarenta y cien años han quedado abolidas; pero en modo alguno ha alterado las condiciones en que habían comenzado á cumplirse; así, la suspensión concedida á los menores é incapaces bajo curatela, sólo rige para las que comenzaron bajo la nueva ley. — Comp. MARCADIÉ al art. 2252, TOULLIER, VII, 615. DURANTON, XII, 548 y XXI, 291.



causa de la suspensión. Así, por ejemplo, el que ha comenzado á prescribir con título una propiedad contra el propietario presente en la provincia donde se encuentra situado el inmueble, y la ha poseído durante nueve años, si muere el propietario dejando un heredero de diez y ocho años, la prescripción se suspende y no corre contra el menor, hasta que haya llegado á los veinte y dos años, en que vuelve á comenzar, de modo que la habría adquirido á los catorce años de posesión, porque se cuenta así: nueve años de posesión contra el mayor, cuatro años de suspensión en que no ha corrido contra el menor, y un año contra el menor ya mayor.

Del principio expuesto sólo se exceptúan dos casos:

DELVINCOURT, II, pág. 806, DALLOZ, Rep. Vº *Prescripción civil*, nº 692, y los autores citados en la nota del Dr. Velez-Sarsfield. — Véanse los arts. 133, 1382, 3967, 3973, 3981, 3983 y 4051.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3966.— Aubry y Rau, § 214. — Vazeille, nº 258. — Cód. Francés, art. 2252. — Duranton hace muy justas observaciones sobre el artículo del Cód. Francés, tom. 21, nº 290. — Troplong, sobre dicho artículo. Él ha demostrado en su Tratado de la venta, nº 149, que el menor, representado por su tutor, no es igual al mayor de edad. En cuanto al menor emancipado, podemos decir que siendo la prescripción una vía indirecta para enajenar, no podría enajenar por este medio sus bienes inmuebles, cuando por las disposiciones del Título *De los menores*, no puede vender ni enajenar sus bienes raíces. Por iguales prohibiciones que en ese Título, los menores emancipados no podrían por la prescripción causar la liberación de un deudor suyo de cantidad de pesos.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 3966. — El término de la prescripción no corre contra los menores. — LVI, 428.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3966. — La prescripción no corre contra los menores de edad estén ó no emancipados. — Jur. Civil, II, 125, Sér. 2º.

La prescripción de los salarios, no es aplicable á los menores de edad criados en la casa del deudor, quien está obligado á abonárselos después de cumplidos los quince años que la ley determina. — Jur. Civ., V, 555, Sér. 1º.

La prescripción de la acción de daños y perjuicios provenientes de un cuasi-delito, se opera por el transcurso de un año, para los que pueden libremente accionar, pero el término no corre para los menores damnificados por el accidente. — Jur. Civ., VIII, 214, Sér. 3º.

La prescripción comenzada contra un heredero mayor, continúa sin interrupción contra los menores y puede ser opuesta con éxito en caso de reivindicación. — Jur. Civ., VI, 129, Sér. 3º (1).

(1) Este principio solo tiene aplicación en los casos designados en los arts. 3967 y 3968, que son una excepción al art. 3966. En los demás no debe regir. — N. del A.



1° *La prescripción de la acción del menor, llegado á la mayor edad contra su tutor, por los hechos de la tutela, corre, en caso de su muerte, contra sus herederos menores* (art. 3967); porque se

(Art. 3967.) Nuestro artículo viene á decidir la controversia suscitada en derecho francés al interpretar el art. 475 que establece la regla, que la prescripción de la acción sobre rendición de las cuentas que el tutor debe dar, comienza á correr desde la mayor edad del menor, sosteniendo Duranton que debe correr contra los herederos menores del ex-pupilo, y Aubry y Rau lo contrario. El artículo ha seguido la doctrina de Duranton, haciendo una excepción al principio enseñado en el artículo 3966.

Ocorre preguntar, si la excepción debe comprender igualmente á los incapaces bajo curatela, respecto á la acción sobre rendición de cuentas de la administración. Supongamos el caso de un mayor declarado demente á quien se le ha nombrado curador. Se pueden estudiar estas dos hipótesis: 1°, que haya fallecido después de recobrar su capacidad, dejando herederos menores; 2°, que el fallecimiento hubiera tenido lugar estando demente, dejando herederos menores. En el primer caso, la suspensión se impone según el art. 3966, pues la prescripción ha comenzado contra un mayor que deja herederos menores, y no se trata de las cuentas de la tutela; es uno de los casos ordinarios en que comenzando contra un mayor se suspende al entrar los herederos menores. En el segundo, como la prescripción no ha comenzado contra el demente, no ha podido correr contra los menores.

Es cierto que, como lo indican algunos, existen las mismas razones para que hubieran sido comprendidos los incapaces; pero se trata de una excepción, de un privilegio expresamente acordado, y no podemos hacerla extensiva á otras personas, sin faltar á una de las reglas más elementales de interpretación. Habría sido justo comprender á los interdictos en la misma excepción, pero pensamos que no deben gozar del privilegio de la suspensión, mientras el artículo no se reforme; pero tienen el remedio del art. 3980.

La acción del menor, sus herederos y representantes, para dirigirse contra el tutor por razón de la administración de la tutela, se prescribe por diez años, dice el art. 4025, y se pregunta, si esta disposición altera el principio enseñado por el artículo que estudiamos. Para responder á esta cuestión, es necesario tener en cuenta que este artículo exige que el menor haya llegado á la mayor edad; es decir, supone nacido el derecho para pedir las cuentas, y la prescripción comenzada por el ex-pupilo mayor corre contra sus herederos menores; pero si ha fallecido en la

trata de las obligaciones que nacen del ejercicio de un cargo público como es el de la tutela, que no se puede renunciar sin justa

menor edad dejando herederos menores, ¿cómo puede correr contra éstos una prescripción no comenzada? Se dirá, tal vez, que el art. 4025 hace correr los diez años desde la muerte del menor; pero respondemos, que eso ocurre únicamente cuando el tutor tiene que deducir acciones contra el menor por la administración de la tutela, como dice el artículo en su última parte. Es cierto que el art. 4025 comienza diciendo: «la acción del menor, sus herederos, etc.»; pero esta expresión no altera el texto del presente que también principia con estas palabras: «la prescripción de la acción del menor, llegado á la mayor edad, etc.», y para dejar sin efecto la regla de que la prescripción no corre contra el menor, es necesario que la excepción se encuentre expresa y claramente consignada. Por otra parte, Duranton, XI, 291, de donde ha sido tomado el artículo, y la nota del Dr. Velez-Sarsfield que pertenece al mismo autor, dice: la prescripción de diez años para las acciones de los menores, comienza á correr *desde la mayor edad*, indicando así que en caso contrario no correrá. Por estas razones, no creo se pueda sostener, como lo hacen algunos, que cuando el ex-pupilo muera en la menor edad, la prescripción corre desde su muerte; porque eso no dice el art. 4025 citado en apoyo de esa opinión, y es contrario al que estudiamos, pues si la prescripción no ha comenzado á correr contra el menor, menos puede principiar contra el heredero menor que ha sucedido al pupilo fallecido.

La acción del tutor contra su ex-pupilo es diferente, porque tratándose de un mayor de edad debe comenzar á correr no sólo desde que el menor llegó á la mayor edad ó falleció, sino desde que fué separado del cargo y tuvo derecho para demandar los saldos de su cuenta aprobada, y como esa prescripción había principiado contra el tutor debe continuar contra sus herederos aunque sean menores ó incapaces.

El único caso pues, exceptuado en que la prescripción corre contra los herederos menores del pupilo, es cuando éste hubiere fallecido después de llegar á la mayor edad, como dice el artículo, en que su acción por los hechos de la tutela ha nacido.

Es necesario tener presente que nuestro artículo difiere del art. 475 del francés, pues en el nuestro se habla del menor *llegado á la mayor edad*, y en aquel sólo del menor, circunstancia que hace decir á Aubry y Rau, § 214, nota 8, que «si la consideración invocada ha parecido suficiente al legislador para reducir el tiempo ordinario de la prescripción, no lo ha encontrado, sin embargo, bastante grave para separar, en esta materia, el beneficio de la suspensión concedido á la menor edad.»





causa de excusación, y no sería justo exigir á una persona que ha prestado un servicio, obligado por el mandato de la ley, á que permanezca durante una sucesión de años, esperando para responder de la administración, guardando todos los documentos y antecedentes que á ella se refieran; por eso, y teniendo en vista que no pueden ser graves los hechos de la tutela, desde que no se han reclamado en diez años, ha hecho correr la prescripción en este caso.

2º *La prescripción de las acciones de nulidad contra los actos jurídicos, comenzada contra un mayor, corre igualmente contra sus herederos menores, salvo el recurso de éstos contra el tutor negligente (art. 3968);* porque tratándose de una prescripción de

— Comp. DALLOZ, 1.º *Prescrip. Civ.* n.º 692. — Véanse arts. 460, 3966, y 4025.

(**Art. 3968.**) El presente artículo viene á confirmar la teoría sostenida en el anterior, de que la prescripción debe comenzar á correr contra un mayor para que pueda continuar contra sus herederos menores; porque la regla es que la prescripción se suspende contra los menores sucesores de un mayor contra el que hubiera comenzado, y la excepción tiene que ser en las mismas condiciones; pero como la prescripción no puede comenzar contra un menor, resultará que no podrá continuar contra sus herederos menores; no así contra los mayores, pues contra éstos comenzará á correr desde la muerte del menor.

Y aquí debemos hacer la misma observación que en el art. 3967, la prescripción no corre contra los incapaces, y si no ha comenzado contra ellos, menos puede continuar contra sus herederos menores, porque el artículo habla únicamente de los mayores contra quienes hubiere comenzado, haciéndola correr contra sus herederos menores. Es cierto que los herederos incapaces se encuentran en las mismas condiciones; pero no se les puede privar de un privilegio sin una disposición expresa. La

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3967.—Duranton, tom. 21, desde el n.º 291, trata extensamente la materia del artículo. La prescripción de las acciones de los menores contra sus tutores, se fija en este Código al tiempo de diez años desde que lleguen á la mayor edad. Después de un largo tiempo, mayor que el de los diez años, sería muy difícil establecer con exactitud la cuenta de la tutela. El tutor podría haber dejado de conservar documentos sobre gastos menores, y no sería justo ponerle á él y á sus herederos bajo una acción que podría durar treinta años por medio de minoridades, que podrían sucederse las unas á las otras.

dos años, como es la del art. 4030, y de actos que el mayor ha debido reclamar inmediatamente que hubiere cesado la fuerza ó

teoría que sostengo no tiene, es cierto, el apoyo de los comentaristas franceses, pero puedo responder con el texto del art. 3966, que declara suspendida la prescripción contra el incapaz bajo curatela, con excepción de los casos en que *las leyes hubieren establecido lo contrario*. Y á mi vez les preguntaría á los que sostienen la opinión contraria: ¿Dónde está la ley que mande correr la prescripción contra el heredero interdicto bajo curatela? En derecho francés todavía es discutible, porque el art. 1304, Cód. francés dice, que el tiempo de la prescripción no corre respecto de los *actos ejecutados* por los interdictos, sino desde el día en que la interdicción se levantó; y respecto de los *actos ejecutados* por los menores, desde el día de la mayor edad; lo que hace decir á Duranton, que ese artículo habla de los actos ejecutados por ellos y no por aquellos á quienes han sucedido; pero nosotros no tenemos un artículo semejante, y debemos buscar la ley que contenga la excepción á la regla del art. 3966. El argumento de la semejanza, por fuerte que sea en la generalidad de los casos, no es bastante para privar de un privilegio.

El artículo habla de la nulidad de los actos jurídicos, y la prescripción que corre para atacar tales actos es la de dos años señalada en el art. 4030, para los ejecutados por violencia, intimidación, dolo, error ó falsa causa, en que comienza á correr desde que la violencia hubiera cesado ó el error ó falsa causa fuera conocida; en una palabra, desde que hubo libertad para reclamarla; pero esta aplicación sólo comprende un radio limitado. ¿Se extenderá igualmente á las demás nulidades de que estuviere viciado el acto jurídico? Aunque el artículo es general y no limita las nulidades, no podríamos aplicarlo en cuanto al tiempo según el texto del art. 4030, sino á las nulidades que vician el consentimiento; pero en cambio, el principio que hace correr contra el menor la prescripción comenzada contra el mayor, rige para todas las acciones de nulidad; así, por ejemplo, la nulidad de que adoleciera un acto jurídico por vicio de forma, correría contra el heredero menor, si hubiera comenzado contra su causante mayor. A estas acciones de nulidad no se aplica el art. 4030, porque nada tienen que vicien el consentimiento, y se puede decir, en general, que se prescriben por el tiempo en que se adquiere la cosa.

El artículo concluye diciendo, que los herederos menores contra quienes ha corrido la prescripción sólo tienen derecho contra el tutor negligente, lo que demuestra la necesidad de exigir á éstos, por lo menos, una garantía personal para responder por los perjuicios que pudieran causar





la violencia, no habría razón para prolongarla, introduciendo la inseguridad, porque nadie entraría á aceptar un contrato basado en un acto jurídico, desde que supiera que ese acto podría ser re-

á sus pupilos. Además, demuestra que no hay razón para hacer correr la prescripción contra los incapaces bajo curatela, desde que no los comprende, aunque como hemos reconocido, haya similitud de situación; pero se trata de negarles un beneficio expresamente acordado, y no se les debe privar de él sino mediante otra disposición contraria.

Téngase presente que la prescripción debe comenzar contra un mayor para que pueda continuar contra su heredero menor.

Es oportuno recordar las palabras de Bigot-Preameneu en su exposición de motivos (Loché, XVII, pág. 570, n° 22), cuando dice: «la prescripción es considerada como un medio de liberación; el menor y el interdicto son reputados como que no pueden ejercer por sí mismos los derechos que se quisiera prescribir en su contra, y con frecuencia esos derechos pueden ser ignorados por los tutores. La prescripción de liberación debe, pues, ser suspendida á su respecto: *contra non valentem agere non currit prescriptio*. Estas reglas generales respecto de los menores é interdictos no sufren excepción sino en los casos determinados por la ley», como lo expresa con las mismas palabras el art. 3966, y lo hemos sostenido en el artículo anterior.

Aubry y Rau, § 214 texto, nota 5, sostienen que se pueden comprender las excepciones que resulten virtualmente del objeto y de los motivos que se han tenido en vista, agregando: «en efecto, este artículo (el 2252) no dice, con excepción de los otros casos *expresamente* determinados por la ley, y no se debe olvidar que las excepciones á una regla general, pueden también resultar de una disposición virtual de la ley, así como de un texto formal», cuya objeción podría igualmente hacerse en nuestro caso; pero la hemos rechazado, porque nuestro artículo exige leyes que hubiesen establecido lo contrario de la regla que acaba de fijar, y no se puede citar una que así lo establezca; una semejanza, no es bastante para incorporar una excepción á las expresamente establecidas, sobre todo cuando se priva de un derecho concedido.—Véanse arts. 3966, 4030 y 4031.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3968.—Duranton, tom. 21, n° 292.—Por motivos semejantes á los que fundan el artículo anterior. Es preciso que los actos jurídicos por los cuales se han transmitido derechos, tengan la firmeza posible, y den seguridad de los derechos transmitidos, no estando expuestos á quedar inciertos por largos años, ó por una sucesión de minoridades.

clamado y anulado en cualquier tiempo, si el heredero que ha sucedido al contratante mayor fuera menor de edad.

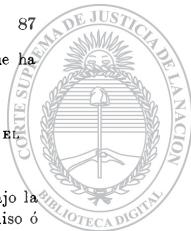
§ 1076.—DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DURANTE EL MATRIMONIO

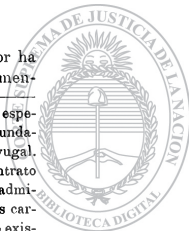
El matrimonio al colocar á la mujer mayor de edad bajo la potestad marital, incapacitándola para contratar sin permiso ó autorización de su marido, crea respecto de los cónyuges una posición excepcional, por esa razón el legislador hace suspender la prescripción en los siguientes casos:

1º *La prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente (art. 3969)*; porque mientras el vínculo que los une no

(Art. 3969.) El presente artículo ha debido alterarse en el sentido de la modificación que sufrió el art. 210 con el que se armonizaba. En efecto, por el art. 210 se autorizaba á la mujer divorciada para ejercer todos los actos de la vida civil, con excepción de estar en juicio como demandante ó demandada, sin permiso de su marido ó del juez, y esta restricción explicaba la disposición del artículo que estudiamos, al suspender la prescripción mientras el matrimonio subsista, pues habría necesidad de demanda y pleito contra el marido; pero la ley de matrimonio civil, al reformar fundamentalmente aquella disposición por el art. 73, autorizando á la mujer mayor de edad para ejercer sin restricción alguna todos los actos de la vida civil, ha dejado sin fundamento esta suspensión concedida en virtud del estado especial en que quedaba la mujer divorciada. Cuando el Código se revise, deben armonizarse ambas disposiciones; pero mientras tanto, estudiémosla tal como se encuentra concebida.

El Dr. Velez-Sarsfield, al incorporar á nuestro Código Civil muchas de las disposiciones del Cód. Napoleón, sobre todo las que se refieren á la familia, no tuvo presente nuestras costumbres, modo de ser é ideas completamente diferentes de la sociedad francesa. Así, por ejemplo, en Francia se admite el régimen de la separación de bienes, mientras es rechazado por nuestra legislación; porque el matrimonio en esa nación es como una de tantas sociedades que el hombre hace, con la única diferencia que tiene un objeto especial y *sui generis*, que no se encuentra en los demás. En la sociedad argentina el matrimonio ha sido, hasta la ley





se haya disuelto forman una misma persona, y el legislador ha querido facilitar la unión, la reconstitución del hogar sin aumen-

de matrimonio civil, un sacramento en que la reproducción de la especie y la formación de la familia era y es su principal objeto, y secundariamente los bienes que se adquieren ó se llevan á la sociedad conyugal. Según el Cód. Francés, cuando los esposos han estipulado en el contrato de matrimonio la separación de bienes, la mujer conserva la libre administración de los que hubiese llevado, y cada uno contribuye á las cargas del matrimonio según lo convenido en el contrato, y cuando no existiere convenio, la mujer contribuirá con la tercera parte de su renta, arts. 1536 y 1537. Nuestro Código Civil, traduciendo nuestras costumbres, en que el matrimonio tiene todavía por único móvil la familia y el cariño de los que se casan, ha rechazado tales ideas, sujetando á la mujer al poder marital, y entregando al marido todos los bienes para que los administre. No se comprende todavía como la mujer que pide separación de bienes pueda vivir con su marido teniéndolo bajo una especie de dependencia en lo que se refiere á los bienes; en nuestra sociedad raros serán los hombres que acepten semejante posición, que se consideraría deprimente para su autoridad de marido. Así, la separación de bienes trae entre nosotros la separación de los esposos, es una especie de divorcio. Estas observaciones contradicen las razones con que el Dr. Velez-Sarsfield, apoya las conclusiones del artículo, tomando el primer párrafo de Duranton, el segundo de Troplong y el tercero de Vazeille, en que todos estos autores, refiriéndose á la constitución de la familia francesa, admiten la prescripción mientras dure el matrimonio, art. 2253. Mejor inspirado ha sido el Código de Chile, art. 2509, cuando establece que: «la prescripción ordinaria *puede suspenderse*, sin extinguirse: en ese caso, cuando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior á ella, si alguno hubo», concluyendo por decir: «no se suspende la prescripción en favor de la mujer divorciada ó separada de bienes, respecto de aquellos que administra»; porque siendo mayor de edad, la ley la ha restablecido en el pleno goce de su administración, y no hay motivo fundado para concederle privilegio de la suspensión acordado á los incapaces.

Cuando el matrimonio fuera nulo, por la mala fe de ambos cónyuges, ¿se suspenderá también la prescripción? Me decido por la negativa, porque en ese caso no existe matrimonio, pues si no puede proteger á la prole, á los inocentes que nacen de esa unión, menos debe proteger los bienes. Si el matrimonio fuera putativo, haría esta distinción: si la mujer ha estado de buena fe, la ley debe protegerla suspendiendo la pres-



tar las causas de la separación, lo que habría sucedido, si para defender sus derechos tuvieran necesidad de entablar pleitos el uno contra el otro. Así, la prescripción que había comenzado á correr cuando no estaban casados, el matrimonio la suspende y hace que no corra; pero una vez realizado, los actos del marido ó de la mujer, con su autorización, se reputan cele-

cripción, desde que ha tenido razón para creerse bien casada, y así como los hijos se consideran legítimos, no deben perderse los bienes poseídos por su marido, es un caso de suspensión; por el contrario, si la mujer tenía mala fe y el marido ignoraba el impedimento que anulaba el matrimonio, como para ella éste era aparente, no debe gozar del beneficio de la suspensión, y aunque en este caso el matrimonio es putativo y legítima á los hijos nacidos de esa unión, no debe proteger á la mujer de mala fe, siempre que sea mayor de edad.—Véanse arts. 1358, 3969 á 3971.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3969. — Cód. Francés, art. 2553. — Duranton, tom. 21, n° 290. — Vazeille, nos 272 y siguientes. Las relaciones que existen entre los esposos y en su incapacidad recíproca para hacerse beneficios irrevocables, dejan sin valor alguno las consecuencias que se podrían deducir de la posesión del uno y del silencio del otro. Aunque haya separación de bienes, la prescripción debe suspenderse entre los esposos. A ninguno de ellos se le puede culpar de no haber cobrado al otro lo que le debiese.

Supongamos que un marido hubiese poseído durante veinte años, con todas las condiciones requeridas por la ley, un inmueble que ignoraba que pertenecía á su mujer. Era preciso bajar del tiempo de su posesión, el tiempo del matrimonio, porque la prescripción no ha corrido durante esa época de unión en que la mujer debía reposar sobre los cuidados del marido, respecto á los bienes que á ella le pertenecían, y en que el marido habría sin duda abdicado el pensamiento de adquirir un inmueble con perjuicio de su mujer, si él hubiese sabido que le pertenecía.

Decimos *aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente*. El marido, regularmente, tiene sobre la mujer un ascendiente que una separación de bienes ó un divorcio no tienen el poder de borrar. Cuando á la mujer se le restituyen sus derechos civiles, no se le devuelve al mismo tiempo un corazón libre de toda afición, ó temor. Desde que el mismo principio de afición puede subsistir en una mujer separada de su marido, que en la que no lo está, sería injusto que en la prescripción á la cual, la una por debilidad, y la otra por condescendencia con el marido pudiese exponerla, corriese contra la una, y no corriese contra la otra. La separación de bienes tiene por fin la conservación de la fortuna de la mujer, y si ella trajese consigo la prescripción, iría contra su fin. Retenida por el amor, por el respeto ó temor á su marido, lo mujer dejaría perecer sus derechos. Vazeille ha tratado esta materia muy bien y extensamente en su obra *Tratado de las Prescripciones*, capítulo 6, desde la pág. 326.

brados por una misma persona, y nadie puede prescribir contra sí mismo.

2° *La prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de la mujer hubiere de recaer contra el marido, sea por un recurso de garantía, ó sea porque lo expusiese á pleitos, ó á satisfacer daños é intereses (art. 3970);* porque en

(Art. 3970.) El presente artículo, como el anterior, se aplica á la suspensión de la prescripción en los actos donde hubiere intervenido la mujer, ó en que sin tener participación directa hubieran sido ejecutados por su marido, y se comprometieran intereses de la mujer. No es como han creído algunos, que se refiere únicamente á la acción de nulidad de que nos habla el art. 3968. Tampoco debe circunscribirse á las obligaciones contraídas por las mujeres casadas y menores de que se habla en el art. 4031, porque ese artículo se aplica á la acción que tienen los incapaces para anular las obligaciones contraídas una vez que haya desaparecido la causa que los incapacitaba; es decir, cuando la mujer casada hubiera dejado de serlo, ó el menor llegare á la mayor edad; desde esa fecha corre la prescripción de dos años. Pero cuando se tratase de actos que ellos no hubieren ejecutado, no es la prescripción de dos años la que comienza á correr desde que recobran su capacidad, sino las prescripciones ordinarias. Así, una casa propia vendida por la mujer casada mayor de edad sin consentimiento de su marido, no puede reclamarse por la vendedora, sino dentro de los dos años de haberse disuelto el matrimonio, aplicándose en este caso el art. 4031; pero si esa misma casa fué enajenada por su esposo sin su consentimiento, puede reivindicarla dentro de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, á contar desde la muerte de su esposo, porque la prescripción ha estado suspendida durante el matrimonio; eso es lo que ordena el artículo que estudiamos. Así, dice Vazeille, n° 285: «esta regla se aplica en todas las circunstancias en que el marido ha tratado sin poderes, de los derechos propios de su esposa, por cualquier acto que fuera, venta, cesión, cambio, transacción ú otros semejantes, si él es garante del contrato, y en todos los casos en que la mujer ha tratado por sí misma con la garantía ú obligación solidaria del marido»; porque en cualquiera de esos casos la reclamación de la mujer vendría á hacer responsable al marido. En esta hipótesis, aunque la prescripción haya comenzado antes, se suspendería una vez que el matrimonio viniera á suceder; pero si el marido ha dado únicamente su consentimiento para realizar el acto, como la reclamación de la mujer en nada le afectaría, no habría razón



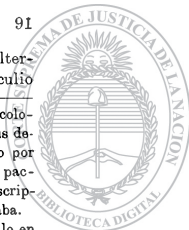
ese caso se rompería la unión, colocando á la mujer en la alternativa de obligar al marido á sostener un pleito con el peculio

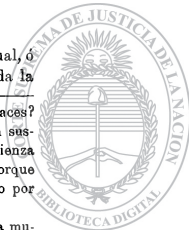
para concederse la suspensión que se acuerda á la mujer para no colocarla en la alternativa de turbar la paz de su hogar ó de perder sus derechos. La suspensión supone necesariamente la ejecución del acto por los terceros contratantes que, al obligar al marido á cumplir con lo pactado, no adquieren derecho alguno contra la mujer, hasta que la prescripción no se hubiese cumplido una vez disuelto el vínculo que la ligaba.

Debe tenerse presente que, la regla establecida por este artículo en beneficio de la mujer, es general y tiene por objeto protegerla contra todos aquellos actos ejecutados por su marido sin su consentimiento, tratándose de bienes propios de ella, ó en aquellos en que fuera solidaria con él, y donde su reclamación viniera á comprometer á su marido; así como en los actos ejecutados por éste en fraude de los derechos de su mujer y que ésta hubiera podido reclamar, la suspensión viene en su protección impidiendo que la prescripción corra contra ella, de modo que puede reclamarlos cuando el matrimonio se haya disuelto.

Disuelto el matrimonio, la prescripción comenzada antes comienza á correr contra la mujer, sin contar el tiempo que duró el matrimonio, y si no había comenzado, principia desde el fallecimiento, sin tener en cuenta la clase de herederos que vengan á sucederle; pero la cuestión importante que ocurre es la de averiguar, si muerta la mujer dejando herederos menores, ó incapaces bajo curatela, corre contra ellos la prescripción que estaba suspendida contra la madre.

En primer lugar observamos que la prescripción contra la mujer para reclamar de los actos que le perjudican, y que en definitiva vendrían contra su marido por los daños y perjuicios, ha estado en suspenso en virtud de la regla contenida en el artículo que estudiamos; si no ha corrido durante ese tiempo, disuelto el matrimonio por su muerte, es indudable que principiaría á correr contra los herederos, según la regla general; pero nos encontramos con una excepción que tiene también todos los caracteres de una regla, como es la sentada por el art. 3966 que dice: «la prescripción no corre contra los menores de edad, ni contra los que se hallen bajo curatela». ¿Cómo violar esta regla que protege á los incapaces? Si la prescripción no corría contra la mujer por razón de su incapacidad y para conservar la armonía en el hogar, aunque alguna de estas razones desaparezcan, ¿cómo hacerla correr contra los incapaces? Sólo dos excepciones se han admitido á esa regla, y son las de los arts. 3967 y 3968, en que habiendo comenzado á correr contra los mayores continúan contra los herederos menores. Pero, ¿cómo admitir





de la sociedad conyugal, en que tiene la mujer una parte igual, ó de abandonar sus derechos dejando que se prescriba y pierda la

que una prescripción no comenzada, principie á correr contra incapaces? Por estas razones soy de opinión que la prescripción que estaba en suspenso en favor de la mujer casada, durante el matrimonio, no comienza á correr contra sus herederos menores ó incapaces bajo curatela, porque éstos á su vez continúan siendo favorecidos por el mismo beneficio por la regla, *contra non valentem agere non currit prescriptio*.

Téngase presente que el matrimonio por el hecho de poner á la mujer bajo el poder marital incapacitándola, no la inviste del beneficio de la suspensión, si es mayor de edad, porque si su marido es negligente en conservar los derechos que corresponden á la mujer, ésta puede hacerse autorizar para hacerlos valer ante la justicia; el matrimonio no es un obstáculo para que la prescripción deje de correr, siempre que la acción de la mujer no haya de reflejar sobre su marido.

Cuando la mujer menor de edad ha vendido su bien propio conjuntamente con su marido, obligándose solidariamente con él, su acción para demandar la cosa no comienza á prescribirse sino desde la disolución del matrimonio, porque su reclamación reflejaría contra el marido; pero si el marido hubiera dado únicamente su consentimiento, la acción estaría en suspenso únicamente durante la menor edad, y la prescripción volvería á correr desde la mayor edad, porque se trata de un acto suyo que ella debe reclamar, sea con la autorización de su marido ó la supletoria del juez. En contra de esta tesis se puede citar una sentencia de la Corte de Casación Francesa, donde se decide, que la simple autorización para vender un bien dotal hace responsable al marido, y por esa razón declara que la prescripción se ha suspendido; pero por nuestra legislación el marido no es responsable en ese caso, porque si bien es el administrador de esos bienes no tiene responsabilidad por autorizar á su mujer menor de edad para enajenarlo, desde que ésta puede reivindicarlo una vez que haya llegado á la mayor edad. Por otra parte el caso será por demás raro, porque nadie se atreverá á comprar un bien raíz de una mujer menor sin autorización judicial, y sin llenar las demás formalidades.

Cuando la mujer menor de edad ha contraído una obligación garantida solidariamente por el marido, es evidente que si ella alegara su privilegio, la obligación recaería sobre aquél; en ese caso se encuentra dentro de la regla que concede la suspensión de la prescripción; pero si la mujer se obliga mancomunadamente con su marido sin estipulación de solidaridad, ¿gozará también de la suspensión durante el matrimonio? La negativa me parece la más segura, porque hay

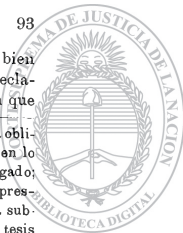
cosa que le pertenece. Así, cuando el marido vendiera un bien raíz de la mujer, sin su autorización, la mujer no podría reclamarlo del adquirente alegando la nulidad de la venta, sin que

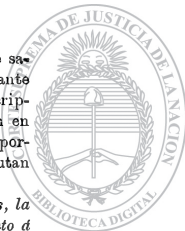
los obligados, cada uno por una parte proporcional, y en ese caso la obligación de la mujer no refleja sobre el marido, ella puede anularla en lo que le concierne y aquél la cumplirá en la parte á que se ha obligado; la acción de la mujer no perjudica al marido, por consiguiente, la prescripción estará en suspenso mientras sea menor de edad, sin que la subsistencia del matrimonio la suspenda, una vez que sea mayor. Y la tesis sería más evidente, si tratara de los intereses de la sociedad conyugal que fuera la beneficiada. Los deudores mancomunados lo son por su parte y porción, se puede decir que están separados, que hay tantas obligaciones como personas; de donde se deduce que la obligación de la mujer no refleja sobre el marido, faltando así la razón para la suspensión de la prescripción.

El marido, como administrador de los bienes que pertenecen á la mujer, es responsable de las prescripciones adquiridas por los terceros sobre los bienes de ésta, siempre que se cumplan *pendente matrimonio*; pero no lo será con relación al bien que ella se hubiera reservado administrar en el contrato nupcial.

Finalmente, haremos notar que el artículo parece absoluto, haciendo suspender la prescripción en favor de la mujer, por el hecho de existir el matrimonio, siempre que la acción debiera reflejar contra el marido, sin distinguir los casos de separación de bienes y de divorcio, en que falta una de las razones principales en que se funda la disposición. En la jurisprudencia francesa es casi uniforme la opinión de que la prescripción no se suspende en caso de separación de bienes, como lo demuestra Troplong, 778 y sig., citando en su apoyo varias decisiones de la Corte de Casación; pero no se ocupa del divorcio.

Nuestro artículo no trae, como el francés, que le ha servido de modelo, un ejemplo de los casos en que se suspende la prescripción; pero el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota tomada de Vazeille y de Troplong, habla del caso de enajenación de un bien de la mujer, hecha por el marido; nosotros traeríamos otro que ocurrirá con frecuencia: cuando el marido donare un inmueble adquirido durante el matrimonio que perteneciere á la sociedad conyugal, sin el consentimiento de la mujer, como lo ordena el art. 1807, n° 2, en que la prescripción estaría en suspenso hasta la disolución del matrimonio. — Comp. COLMET DE SANTERRE, VIII, 363 *bis*, III. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, 432 y sig.— Véanse arts. 1253, 3969, 3971 y 4031.





éste á su vez citase de evicción al marido vendedor para que saliera al pleito, encontrándose así marido y mujer en litis ante la justicia; y es preferible que el legislador suspenda la prescripción, pues el comprador debe saber que al adquirir un bien en esas condiciones no puede prescribirlo por tiempo alguno, porque mientras el matrimonio exista ambos cónyuges se reputan una misma persona, y la prescripción está en suspenso.

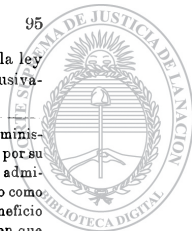
Fuera de los casos de los artículos (artículos) anteriores, la prescripción corre contra la mujer casada, no sólo en cuanto á los bienes cuya administración se ha reservado, sino también respecto á los bienes que han pasado á la administración de su marido (art. 3971); pues ha desaparecido la causa porque se sus-

(Art. 3971.) Nuestro artículo, tomado literalmente de Aubry y Rau, ha dado el verdadero alcance al art. 2254 del Cód. Francés, que era incompleto en esta parte.

La mujer mayor de edad por el hecho de casarse, si bien es considerada como incapaz porque no puede realizar, sin consentimiento de su marido, todos los actos de la vida civil, excepto aquellos expresamente permitidos, no adquiere privilegio alguno, como los menores ó incapaces bajo curatela, con relación á la prescripción; contra éstos, basta la incapacidad para que se suspenda la prescripción comenzada, ó no corra la que debió comenzar contra los capaces; pero respecto de los bienes de la mujer casada no existe el beneficio sino en ciertos y determinados casos, que hemos examinado en los arts. 3969 y 3970; fuera de ellos, la prescripción corre como contra cualquier mayor.

En cuanto al bien que la mujer se haya reservado administrar en el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3970.—Cód. Francés, art. 2256, n° 2. — Troplong, sobre dicho artículo, nos 778 y siguientes. — Marcadé, sobre los artículos 2252 á 2256, n° 6. — Aubry y Rau. § 214. — Vazeille, nos 285 y siguientes. Así, en el caso en que una mujer menor de edad, hubiese contratado en unión con su marido, ó cargado con alguna obligación solidaria, la prescripción de la acción de nulidad de su obligación queda suspendida durante el matrimonio. O supóngase que el marido hubiese vendido una finca de su mujer, sin su consentimiento, como él debe sanear la venta, el comprador exigiría que saliese á la defensa del pleito promovido por la mujer: el pleito se empeñaría entonces entre marido y mujer. Se ha considerado con mucha razón, que una mujer cuya acción tuviera la consecuencia inmediata de poner á un extraño en el caso de reclamar sus derechos del marido, ó exigirle las indemnizaciones debidas, se abstendría de ocurrir á los jueces para salvar sus derechos, y se sacrificarían así sus intereses y los de sus hijos, á la afección conyugal.



pendía. Si el marido ha descuidado la administración que la ley confía á su capacidad y actividad, él debe responder exclusivamente á su mujer por los perjuicios que le causare.

contrato nupcial, como el marido nada tiene que ver con esa administración, tampoco sería responsable de los perjuicios que la mujer por su descuido se hubiera causado en dicho bien. En los que el marido administra como un apoderado ó gestor legal, él deberá responder; pero como la mujer es mayor de edad, no habría razón para acordarle el beneficio de la suspensión, cuando se tratase de la adquisición de algún bien que la mujer hubiera comenzado á prescribir y que el marido abandonase, ó cuando dejare perder por prescripción el perteneciente á la mujer. Se puede decir en contra de esta última hipótesis, que no pudiendo el marido enajenar los bienes de su mujer, no ha podido dejarlos adquirir por otro, pues el abandono importa una enajenación; pero la mujer ha podido interrumpir la prescripción presentándose al juez con autorización del marido ó con la supletoria, sin que esta acción refleje contra el marido, ni sea ocasión para que pague daños y perjuicios, únicos casos de suspensión.

Los terceros tienen, pues, completa libertad para prescribir los bienes de la mujer casada mayor de edad, sin que pueda alegarse la suspensión, que sólo tendría lugar cuando la adquisición proviniera de un acto del marido, del que fuera responsable el adquirente en caso de anularse.

Y aunque el artículo nada dice respecto á las responsabilidades del marido, cuando hubiera dejado perder por prescripción bienes de su mujer, es claro que debe resarcir el perjuicio ocasionado por su negligencia.

Cuando la mujer casada fuera menor de edad, se aplicará el principio consagrado por el art. 3966, de que la prescripción no corre contra los menores estén ó no emancipados, y si el matrimonio se disolviera durante la menor edad por muerte del marido, la suspensión continuaría para comenzar á correr cuando cumpla la mayor edad.

Cualquiera enajenación hecha por la mujer mayor de edad de sus propios bienes con consentimiento del marido, que diera lugar á una acción para anularla, quedaría firme por la prescripción que el adquirente podría alegar, porque el matrimonio no le confiere el beneficio de la suspensión para los propios actos, sino cuando debieran reflejar contra su marido. Pero debe tenerse presente que, cuando la mujer mayor de edad ha ejecutado un acto sin consentimiento de su marido, tiene derecho para reclamarlo dos años después de disuelto el matrimonio, y



§ 1077.—DE LA SUSPENSIÓN CONTRA LOS HEREDEROS BENEFICIARIOS,
TUTORES Y CURADORES

No se debe confundir la suspensión de una prescripción que no ha comenzado á correr, y que no puede principiar porque existe un obstáculo legal, con aquella que habiendo comenzado, se detiene y no continúa; sin embargo, ambos estados producen el mismo efecto. Así, la prescripción entre marido y mujer durante el matrimonio no se suspende en realidad, tratándose de los actos realizados durante la sociedad conyugal; la verdad es

que si no lo ha hecho, queda confirmado, sin que esté sujeto á otra prescripción.

De los principios expuestos se deduce, que cualquiera puede prescribir los bienes propios de la mujer mayor de edad, sea que estén bajo la administración de su marido, sea que los tenga bajo la suya por habérselo reservado en el contrato nupcial, porque el matrimonio no la protege con la suspensión.

Deben separarse con cuidado los actos ejecutados por el marido enajenando bienes de la mujer mayor de edad sin su consentimiento, de los que ejecuta ella misma sin la venia del marido; porque para los primeros no corre la prescripción sino desde la disolución del matrimonio, es como si el acto se hubiera realizado en ese momento; mientras los segundos son válidos é inatacables pasados los dos años desde la disolución del matrimonio, art. 4031.

El principio general es que la prescripción corre contra la mujer casada mayor de edad, con las excepciones de los casos establecidos en los arts. 3969 y 3970, en que se suspende. Baudry Lacantinerie y Tissier, dicen á este respecto: «la regla del art. 2254, se aplica también, con mayor razón, á los bienes que la mujer ha conservado bajo su administración; la prescripción corre contra ella como contra cualquier otra persona. La mujer puede por lo demás, en todos los casos, tenga ó no el ejercicio de las acciones relativas á sus bienes personales, ejecutar por sí misma actos interruptivos de la prescripción», siempre que no reflejen sobre el marido y le traigan responsabilidades personales.—Véanse arts. 1253, 3269 y 4031.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3971. — Marcadé, lugar citado, n° 2. — Troplong, sobre el art. 2254, n° 746. — Aubry y Rau, § 214. — Duranton, tom. 21, nos 300 y siguientes.



que no hay prescripción entre marido y mujer; no está en suspenso como dice el Código, porque no ha comenzado ni puede comenzar; cuando el matrimonio se haya disuelto, recién principiará; hay un obstáculo legal para que comience. La posesión del marido ó de la mujer de los bienes particulares de alguno de ellos no puede dar lugar á la prescripción. No sucede lo mismo con relación á los herederos de una sucesión, porque si bien en general se consideran como una misma persona con el difunto, á quien suceden, hay casos en que esta confusión no se opera; así dice el **art. 3972**: *la prescripción no corre contra el heredero que ha*

(**Art. 3972.**) Nuestro artículo, tomado literalmente del Cód. Francés, art. 2258, no ha resuelto las dificultades que se han suscitado entre los autores. En efecto: ¿por qué se concede el beneficio de la suspensión? En la nota del Dr. Velez-Sarsfield, invocando las palabras de Pothier, se dice: «que la acción se dirigiría contra él mismo, y haría el papel de demandante y demandado»; pero en derecho francés, esta razón ha desaparecido con el art. 996, Cód. de Proc., en que se obliga al heredero beneficiario á dirigir su acción contra los otros coherederos, y cuando no existieran, lo hará contra un curador que será nombrado en la forma del curador á la herencia vacante; lo que hace decir con razón á Colmet de Santerre, así como á Wallh, que el art. 2258, ha sido reproducido equivocadamente de Pothier, cuando el art. 996, le quita el principal fundamento. Pero entre nosotros no se puede decir igual cosa, porque las leyes de procedimientos corresponden á las provincias, y no podemos saber las que cada una dictará á este respecto; sin embargo, haremos notar que el art. 3377, contiene una disposición idéntica á la del art. 996 del Cód. de Proc. Francés, y en la Capital y territorios federales deberá aplicarse, respetándose las leyes provinciales. Además, el artículo sólo comprende el caso de un heredero que sería el único administrador de la herencia, y la razón alegada desaparece si estuvieren otros que hubieren aceptado la herencia pura y simplemente, contra los que no se podría alegar el beneficio de la suspensión, desde que se trata de herederos mayores de edad; por eso el artículo dice claramente, que la prescripción no corre respecto de sus créditos *contra la sucesión*, no contra los coherederos que hubieren aceptado la herencia pura y simplemente. Si suponemos que el causante ha dejado dos herederos de los que uno ha aceptado la herencia pura y simplemente, y el otro bajo beneficio de inventario, teniendo un crédito contra la sucesión de diez mil pesos, el artículo dice: no corre la prescripción para el cobro de la totalidad de



aceptado la herencia con beneficio de inventario, respecto de sus créditos contra la sucesión; porque este beneficio impide la confu-

ese crédito contra la sucesión; pero si esta fuera insolvente y el heredero beneficiario quisiera dirigir su acción contra el coheredero que aceptó la herencia pura y simplemente para cobrar los cinco mil pesos que como mitad le correspondería pagar, éste le podría alegar la prescripción, porque el beneficio de la suspensión no le ha sido concedido contra su coheredero, á quien pudo demandar, sino contra la sucesión. De donde resultaría, que el heredero beneficiario podría cobrar todo su crédito de la sucesión solvente, sin que la prescripción corra durante la liquidación; pero sólo podría demandar la mitad de su coheredero, quien puede alegarle la prescripción. ¿Por qué esta diferencia en la cantidad? Por la sencilla razón de que cuando cobra el total de la sucesión la disminuye para los dos, tomando una mitad de la deuda de lo que debía recibir á título de heredero, y la otra mitad de lo que recibiera su coheredero.

En presencia de los arts. 3377 y 3378 que facultan á los herederos beneficiarios para demandar los créditos que tuvieren contra la sucesión, me parece que no ha debido concederse el beneficio de la suspensión, porque desaparece el fundamento principal alegado por Pothier y que se consigna en la nota del Dr. Velez-Sarsfield; pero como lo indicamos en esos artículos, corresponde á las leyes de procedimiento que dictan las provincias, el determinar la forma y modo de entablar esas acciones.

Se puede justificar la suspensión de la prescripción cuando existe un solo heredero, diciendo con Aubry y Rau, § 214, nota 20, que el legislador ha juzgado inútil obligar á este heredero á provocar condenaciones contra la sucesión que está encargado de administrar, tanto en su propio interés como en el de los acreedores y legatarios. ¿Para qué hacer gastos pidiendo el nombramiento de un curador de la herencia? Pero esa razón desaparece desde el momento en que existe otro heredero contra el que hubiera podido cobrar el crédito; sin embargo, como se trata de los bienes de la sucesión, tampoco habría fundamento para hacer gastos de demanda en contra de ésta, disminuyendo el haber hereditario; lo que no sucede cuando la acción debe dirigirse contra los coherederos. Aubry y Rau, al rebatir las opiniones de Chabot y Duranton, dicen: «estos autores han resuelto la cuestión favorablemente ó en contra de una manera absoluta, sin distinguir entre los derechos del heredero beneficiario sobre los bienes de la sucesión, y los que podrían ejercer contra sus coherederos personalmente, y la disidencia que se ha elevado entre ellos, es porque probablemente no han tenido en cuenta esta distinción.»

sión de los patrimonios, y el heredero sólo acepta la herencia para pagar con lo que su causante dejare; la sucesión conserva sus cre-

Respecto á la causa de la suspensión, así como la razón porque se concede ésta al heredero beneficiario, abrazando la totalidad de la acreencia, aunque haya otros herederos que concurran con él á recibirla, dicen en el texto los mencionados autores: «el heredero beneficiario trata simplemente de conservar sus derechos sobre los bienes del difunto, considerados como que han quedado separados de los patrimonios personales de sus coherederos», y así es como se explica que tengan acción por la totalidad del crédito contra la sucesión, y sólo conserven su derecho por la parte proporcional que corresponda á sus coherederos contra quienes no puede alegar la suspensión.

Si el heredero beneficiario goza del privilegio de la suspensión por sus créditos contra la sucesión, ésta á su vez debe gozar del mismo beneficio por los que tenga contra el heredero, y así lo establece el art. 3974.

Aunque es una cuestión de poca importancia por el tiempo que corre desde su fallecimiento hasta la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, ha ocurrido la duda entre nosotros sobre el tiempo en que comienza la suspensión de la prescripción; el Dr. Segovia dice que debe comenzar á correr desde la apertura de la sucesión, citando en su apoyo los arts. 3341, inc. 2, y 3344; el Dr. Llerena, á su vez, afirma como indudable que la prescripción se suspende desde la aceptación bajo beneficio de inventario, y cita como fundamento el art. 3978, que dice: «la prescripción corre en favor ó en contra de la sucesión, durante el tiempo concedido para hacer inventario y deliberar.» Así pues, habría solamente que resolver desde cuando corren los términos para hacer inventario y deliberar. El art. 3366 nos da dos términos: uno que se cuenta desde la apertura de la sucesión, en cuyo caso no habría dificultad, y apoya la opinión de que la suspensión corre desde la apertura de la sucesión; pero el segundo plazo no coincide, pues el término comienza desde que el heredero supo que la sucesión se le defería, trayendo nuevamente la duda; además de los arts. 3341 y 3344 que apoyan la primera opinión, se pueden citar los arts. 3360 y 3361. El primero autoriza á los herederos para aceptar la herencia, unos bajo beneficio de inventario, y los otros pura y simplemente, mientras el art. 3361 nos dice, que la aceptación con beneficio de inventario no modifica los efectos de la aceptación pura y simple hecha por los otros. lo que importa decir: para los que aceptaron pura y simplemente la herencia, la prescripción comienza á correr desde la apertura de la sucesión. ¿Y por qué comenzaría la suspensión para el





ditos contra el heredero, y éste puede cobrar los que tenía contra la sucesión, y como él es administrador y dueño a la vez del saldo que resultare en favor de la sucesión, la prescripción no puede correr ni en su contra ni a su favor respecto de los créditos.

El heredero beneficiario no puede invocar a su favor la prescripción que se hubiese cumplido en perjuicio de la sucesión que administra (art. 3974).

beneficiario únicamente desde la aceptación? La regla fallaría en el primer caso del art. 3366, y no encuentro la razón para que la prescripción no se suspenda desde la apertura, pues el heredero beneficiario lo es desde que la sucesión se abrió, y no desde la aceptación. ¿Habría corrido acaso la prescripción durante el tiempo que media entre la apertura y la aceptación? Estas razones me hacen decidir por la opinión que sostiene la suspensión desde la apertura de la sucesión. — Comp. COLMET DE SANTERRE, VIII, 365 bis, I. DEMOLOMBE, XV, 201 y sig. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *Prescr.*, 447 y sig. — Véanse arts. 3341, 3344, 3373, 3374, 3377, 3974, 3975 y 3978.

Téngase presente que el artículo habla de *créditos*, y por consiguiente no comprende los derechos *reales*, como la reivindicación, la acción confesoria ó negatoria.

(**Art. 3974.**) Según los principios que hemos sentado al estudiar el art. 3973, todo administrador legal de bienes ajenos, se llame marido,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3972.—Cód. Francés, art. 2258.—Chabot, sobre el art. 802. — Duranton, tom. 21, n° 314.— Troplong, *Prescrip.*, n° 804. — Aubry y Rau, § 214. — Vazeille, n° 306. Sería inútil forzar al heredero beneficiario a provocar condenaciones contra la sucesión que está encargado de administrar. Representante de la sucesión, la acción se dirigiría contra él mismo, y haría el papel de demandante y demandado.

El artículo habla de los *créditos* del heredero, y por consiguiente la suspensión establecida no comprende los derechos reales cuyo ejercicio tendría por resultado disminuir el activo hereditario. No quedan, pues, suspendidas las acciones de reivindicación ó confesorias de servidumbre, que el heredero beneficiario habría podido ejercer contra la sucesión.—Véase Marcadé, sobre el artículo 2258, n° 2. — Duranton, tom. 21, n° 314.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 3972.—La prescripción treintañaria, por la ley de procedimientos de los tribunales federales, no puede oponerse por vía de artículo previo á la contestación de la demanda. (La ley 21, tit. 2º, part. 3º, no puede ser aplicada en virtud de lo dispuesto en los arts. 73 y 374, Ley Proc. El art. 3972, Cód. Civ. no se opone á esa declaración. —LXI, 221.)

Esta excepción puede ser opuesta en 2ª instancia, y debe ser admitida resultando justificada de autos. — LXII, 134.

Por una razón análoga, *la prescripción de las acciones de los tutores y curadores contra los menores y las personas que están*

padre, tutor ó curador, no puede invocar en su favor la prescripción respecto de las acciones ó bienes que administra, y por una razón análoga tampoco se puede prescribir en su contra. Ahora bien, el heredero que ha aceptado la herencia bajo beneficio de inventario, sin dejar de ser dueño de ella, pues toma todo lo que quedare una vez pagadas las deudas y legados; no obstante es un administrador, desde que no confunde su patrimonio con el de su causante, y sólo responde con los bienes que administra; de donde resulta esta consecuencia lógica, que si tenía bienes ó derechos que hubiera comenzado á prescribir contra su causante, una vez que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario, esa prescripción se suspende, porque él mismo como administrador tendría obligación de interrumpirla contra su persona.

Hicimos notar en el art. 3972, que la suspensión acordada al heredero beneficiario era para los *créditos*, y que con relación á los derechos reales la prescripción debe correr, de modo que la reivindicación, la acción confesoria ó negatoria no se suspendían, pues el heredero ha podido y debido deducirlas contra la sucesión disminuyendo el haber hereditario, tomando preferencia sobre los demás acreedores. Pero cuando hay un solo heredero, ¿cómo podría atacar á la sucesión y defenderla á su vez? Será necesario pedir el nombramiento de un curador á la sucesión, y con él se seguirá el juicio. De modo que el presente artículo no se debe tomar como la proposición recíproca del art. 3973 en que la prescripción no corría contra el heredero beneficiario por sus créditos contra la sucesión; porque él no puede prescribir contra la sucesión los derechos reales que tuviera, pues el presente artículo no tiene la limitación del 3972; pero esto sucede cuando el heredero beneficiario es único, no así cuando fueren varios, porque entouces prescribe contra los otros por la parte que les corresponde en la herencia; pues cada uno de ellos ha debido interrumpirla, cumpliendo con las obligaciones que le impone la administración de la herencia.

Duranton, XXI, 317, de donde fué tomado el artículo, después de enseñar que la prescripción no puede correr contra el heredero beneficiario por sus créditos contra la sucesión, agrega: «en sentido inverso, y aunque el Código no lo diga expresamente, la prescripción no corre en provecho del heredero beneficiario respecto de su deuda en favor de la sucesión; porque debe hacer todos los actos conservatorios en el interés de los acreedores y de los legatarios como en el suyo... Pero por el efecto del mismo principio del caso precedente, se aplicará, no obstante,





bajo curatela, como también las acciones de éstos contra los tutores y curadores, no corren durante la tutela ó curatela (art. 3973);

en sentido inverso, si no es *un solo heredero*, pues la prescripción ha podido correr contra los otros coherederos, respecto de sus partes en esta acreencia de la sucesión, sea que hayan aceptado como él bajo beneficio de inventario, sea que hayan aceptado pura y simplemente». Cuando son varios herederos cada uno de ellos tiene el deber de velar por la administración que todos tienen en común, y la prescripción no se suspende en contra ni en favor de la sucesión por los créditos que ellos tuvieran, sea como acreedores ó deudores. — Véanse arts. 3974, 3972, y 3978.

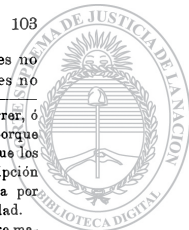
(**Art. 3973.**) El presente artículo se funda en una razón análoga á la del art. 3969 que suspende la prescripción entre marido y mujer durante el matrimonio, pero la suspensión en el caso del tutor ó curador sólo tiene lugar durante la tutela ó curatela, de modo que comenzará á correr desde que hayan cesado en sus cargos, aunque sus herederos fueran menores de edad, siguiendo el principio consagrado por el art. 3967; pero no sucederá lo mismo en caso contrario, cuando el menor hubiera fallecido dejando herederos menores ó incapaces, porque como no comienza á correr sino desde la mayor edad del menor, y ha fallecido sin llegar á ella, la prescripción no ha corrido, ni corre contra su sucesor incapaz, según el art. 3966.

¿Cómo se armoniza la disposición del artículo que estudiamos con el art. 4025, que hace correr la prescripción desde el día de la muerte del menor? Porque se trata del tutor ó curador mayor de edad que ha dejado de ejercer el cargo por esa causa, y la suspensión acordada por el presente artículo es para impedir mayores gastos al menor ó incapaz que hubiera de soportarlos como deudor.

El tutor ó curador que debe á la sucesión deferida al incapaz no podría alegar la prescripción que no estuviera vencida cuando se hizo cargo del puesto, pues como dicen Aubry y Rau, § 214, las personas que son responsables de la no interrupción de la prescripción que corría contra las personas cuyos negocios administran, no son admitidos á prevalerse de semejante prescripción cumplida en su provecho, aunque no se les pudiera oponer una causa de suspensión propiamente dicha.

¿Durante qué tiempo está en suspenso la prescripción? Los menores para cobrar los saldos que tengan contra sus tutores, desde que hubieren

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3974. — Aubry y Rau, § 214. — Porque él debe efectuar todos los actos conservatorios en interés de los acreedores.



porque representando los tutores ó curadores á los incapaces no podrían reclamar contra ellos sin abandonar el puesto, pues no

llegado á la mayor edad, en que la prescripción comienza á correr, ó desde la muerte del menor si el que lo sucede es mayor de edad, porque si es menor rige la regla del art. 3966. Si se trata de los saldos que los tutores ó curadores tienen contra sus pupilos ó incapaces, la prescripción comienza á correr desde que cesaron en sus respectivos cargos, sea por renuncia, remoción, muerte ó haber llegado aquellos á la mayor edad.

Si suponemos el caso en que el menor haya heredado á su padre mayor, que había vendido al que ha nombrado tutor testamentario, una casa bajo el pacto de retroventa, cuyo término había comenzado á correr. ¿Se suspendería el plazo de tres años acordado para la retroventa? El art. 1382 dice terminantemente: «el plazo de tres años corre contra *toda clase de persona*, aunque sean incapaces», y la consecuencia sería que no se suspende; pero, ¿cómo el mismo tutor puede beneficiar de su inacción ó silencio, cuando está obligado á retrotraer la cosa á nombre de su pupilo? La suspensión es de absoluta necesidad, á menos que renuncie su cargo; en este caso se aplicaría la disposición del art. 1382, haciendo correr el plazo contra el menor y responsabilizando al tutor, cuando por su falta ó negligencia no hubiera retraído la cosa. Así, pues, cuando el artículo dice, los tres años corren contra toda clase de persona, no se refiere ni comprende los casos en que el tutor por el cargo que desempeña tuviera él mismo que ejercer la acción en su contra, y por consiguiente debemos exceptuarlo, declarando que la prescripción no ha podido interrumpirse, mientras era tutor, porque es una acción que el menor debía ejercer contra su tutor; en ese caso se aplicaría el art. 3980.

Duranton, XXI, 293, de donde fué tomado el artículo, dice: «el tutor durante el curso de la tutela no prescribe contra el menor y el que está en interdicción. Y no entendemos al decir esto que sólo se aplique á las prescripciones de largo término... sino que hablamos de toda clase de prescripción de las que corren contra los menores, porque el tutor á *semet ipso exigere debuit*, como decían los romanos; él debe defender al menor contra sí mismo como contra los demás». No es posible admitir que el tutor pueda prescribir contra su pupilo, ni que corra plazo alguno de que el tutor pueda aprovechar contra el menor que está bajo su guarda, porque la acción que no hubiera ejercido se reflejaría sobre el mismo tutor, quien debería pagar los daños y perjuicios causados por su negligencia. Y el artículo ha debido extender el beneficio de la suspensión á todos los casos en que un mayor fuera el administrador legal de los bienes de un menor ó de un incapaz bajo curatela. Así, por ejemplo, el

pueden ir contra ellos mismos, y por igual razón, siendo incapaces los que están bajo su cuidado no podrían reclamar contra sus guardadores, mientras el juez no les hubiera dado otros.

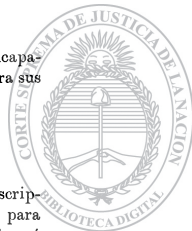
§ 1078.—FACULTAD DE LOS JUECES

La ley no ha podido prever todos los casos en que la prescripción debe suspenderse, y si bien ha dado reglas generales para declararla suspendida, se ha visto en la necesidad de facultar á los tribunales, y ha dicho en el **art. 3980**: *cuando por razón de*

padre no debe alegar la prescripción en contra de su hijo que está bajo su patria potestad; aquellos á quienes se hubiere dado la posesión provisoria de los bienes de un ausente, así como el síndico de un concurso ó el curador de una herencia vacante, no pueden prescribir contra el ausente, ni contra el concurso, ni menos contra la sucesión vacante, por que son administradores legales y ellos mismos deben deducir las acciones.—Véanse arts. 419, 460, 3966 á 3968 y 4025.

(**Art. 3980.**) Es necesario no confundir las causas porque la ley declara suspendida la prescripción, con las facultades que el artículo confiere á los jueces para libertar al propietario de las consecuencias de la prescripción. Para darnos cuenta del principio consagrado por la legislación, de *agere non valenti, non currit prescriptio*, debemos ir á buscarlo en la fuente, que es el § 2, tít. 40, lib. 7, Cód. Rom., en el que el Emperador Justiniano, dirigiéndose á Juliano, prefecto del pretorio, le dice: «á fin de que esta ley no parezca incompleta, pues se ha ordenado que las prescripciones corran contra los hijos de familia, por lo que respecta á sus bienes maternos, desde el momento en que han dejado de estar bajo la patria potestad, no se ha ordenado nada especialmente con relación á los otros bienes. Ordenamos por esta ley aclaratoria, que no se pueda oponer ninguna prescripción á los hijos de familia por lo que concierne

Nota del Dr. Felez-Sarsfield al art. 3973.—Duranton, tom. 21, n° 263.—Aubry y Rau, § 214. El artículo tiene fundamentos iguales á los de la prescripción entre marido y mujer. El tutor es el representante legal del menor, y no sería conveniente que pudiese demandar al menor, para lo cual sería indispensable darle un curador. Si el tutor es acreedor, el derecho de compensación basta para que pueda cobrarse su deuda, sujeto el acto á las cuentas de la tutela. Si es deudor, el crédito contra él entra como todos los otros en la clase de los créditos que el tutor debe cobrar, responsable siempre por la tardanza en hacerlo.



dificultades ó imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados á

á toda clase de bienes, que no son adquiridos por sus padres, excepto desde el momento en que han podido ejercer una acción; es decir, desde que han salido de la patria potestad». De esta ley ha nacido la máxima de que no corre la prescripción contra el que no puede obrar. Y como lo hacen notar con razón Aubry y Rau, «se comprende que en las hipótesis en que el obstáculo al ejercicio de una acción proviene de la ley misma, la prescripción debe suspenderse mientras el obstáculo no haya desaparecido; la ley no puede tomar en cuenta un obstáculo creado por ella misma»; palabras que se traducen mal en la nota del Dr. Velez-Sarsfield, dando una idea contraria. Y continúan: «pero la misma razón no milita en favor de la suspensión de la prescripción, cuando no se trata sino de un obstáculo de hecho; y del silencio que el legislador ha guardado en presencia de la controversia que existía sobre este punto, se ha llegado á concluir, que no ha querido aplicar á obstáculos de esta naturaleza una verdadera suspensión de la prescripción..... El sólo temperamento que se puede admitir en virtud de tales consideraciones, es el que hemos indicado en el texto», que lo forma el artículo que estudiamos, autorizando á los jueces para libertar al acreedor ó propietario de las consecuencias de la prescripción, únicamente cuando la dificultad ó imposibilidad haya existido *durante el tiempo en que la prescripción se cumplió*; de modo que si la imposibilidad había existido antes de cumplirse, por largo que fuera ese tiempo no se tomaría en cuenta, si había cesado la causa antes de haberse cumplido la prescripción; no hay, pues, motivo para descontarse ni tomarse en cuenta el tiempo que duró la imposibilidad; lo contrario habría sucedido si admitiéramos la suspensión, pues en ese caso la prescripción no habría corrido, y comenzaría de nuevo desde que cesó la imposibilidad.

Otra condición esencial para que los jueces puedan libertar de las consecuencias de la prescripción, es que el propietario haya hecho valer sus derechos *inmediatamente* después de haber cesado la dificultad; es decir, en el instante mismo, sin admitir intervalo de tiempo. En cuanto al tiempo en que se considera que ha cesado la dificultad que imposibilitaba el ejercicio de la acción, es una cuestión de hecho; así, por ejemplo, si los tribunales han estado cerrados por causa de peste, inundación, guerra, etc., estaría dentro del tiempo, si la demanda se hubiera deducido en el día en que han comenzado á funcionar. Con relación á la imposibilidad, también creo que debe reducirse á una cuestión de hecho, porque es el juez quien debe decidir, después de la prueba, si ha sido im-





librar al acreedor ó al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor ó propietario hubiese hecho valer sus derechos in-

posible la interrupción de la prescripción, limitando en cuanto sea posible á aquellos actos que pesan sobre la generalidad de los individuos de un lugar ó región, tratando de separar los meramente personales. Así, por ejemplo, en caso de guerra, si el individuo se encontrase en una plaza sitiada por el enemigo, en que fuera imposible toda comunicación; pero en la de peste, cuando se pusiera en cuarentena á toda una población no se podría alegar la imposibilidad, si la correspondencia no estuviera interrumpida, pues habría podido enviarse un poder para interponer la demanda, á menos de demostrar que no se tenía persona conocida á quien confiarla.

La guerra por sí sola no sería una causa suficiente para que se libertase de las consecuencias de la prescripción, si el reclamante no estuviera imposibilitado para ejercer sus derechos; como por ejemplo, cuando los tribunales no funcionaran por esa razón ó el lugar estuviera sitiado; pero no creo que una causa personal ajena á la voluntad del reclamante pudiera servir de causa; así, la enfermedad, un viaje retardado en alta mar, no lo libertarían de la prescripción, como algunos creen; es necesario que haya imposibilidad de hecho.

Como he dicho, lo que puede demostrar la imposibilidad de obrar no comprende el acontecimiento mismo, así dice Troplong, 727: «porque haya una guerra, una invasión, una peste, no se sostendría que la prescripción debe necesariamente ser suspendida. El buen sentido quiere que las veces que estos flagelos hayan roto las comunicaciones entre el acreedor y el deudor, ó suspendido el curso de la justicia, se tome en consideración la imposibilidad de obrar resultante de la fuerza mayor». Así, pues, el acontecimiento debe pesar necesariamente sobre la persona que debía obrar y fué imposibilitada. Como se habrá visto, Troplong incurrir en el error, en mi opinión, al considerar suspendida la prescripción, cuando sólo existe la facultad que la ley confiere á los jueces para libentar al imposibilitado, de las consecuencias de la prescripción cumplida; si hubiera suspensión el juez estaría obligado á declararla no sólo en el instante en que la prescripción va á cumplirse, sino en cualquier tiempo en que la imposibilidad hubiera sobrevenido, lanzándonos así en la incertidumbre, y poniéndonos en el caso de ignorar cuando se ha cumplido la prescripción. No! La prescripción está cumplida, y el juez no puede declarar que el hecho no se haya producido, porque esa atribución no le ha conferido la ley, sino que habiéndose cumplido durante el



mediatamente; de modo que los jueces pueden, atendiendo á las circunstancias de cada caso especial, hacer que la prescripción cumplida, es decir, el derecho adquirido, se convierta en una expectativa y se ponga en tela de juicio. Es una facultad que los jueces deben emplear con grandísimo cuidado, porque se trata de

impedimento lo libera de sus consecuencias, lo que es bien distinto de la suspensión.

La prisión, la ausencia, un viaje retardado, etc., no serían causas bastantes para libertarlo de los efectos de la prescripción.

Aubry y Rau, § 214, texto á la nota 33, tratan de dar una idea de las causas que pueden dar lugar para que los jueces liberten de las consecuencias al decir: «es lo que tiene lugar, por ejemplo, en el caso en que por causas de inundación, invasión ó sitio, las comunicaciones se hubieran interrumpido momentáneamente entre el domicilio del acreedor ó del propietario y del deudor ó poseedor».—Comp. MERLIN, Rep. Vº *Prescripción*, Sec. I, § 7, art. 2. VAZEILLE, I, 315.—Véanse arts. 2457, 2479, 3059, 3062, 3473 y 3959.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3980. — Aubry y Rau, § 214. — Zachariæ, § 848. — Marcadé, sobre el art. 2251. — La máxima *agere non valenti non currit prescriptio* no comprende en principio más que la hipótesis en que el obstáculo al ejercicio de la acción proviene de la ley misma, y ella no puede tomar en cuenta lo que no ha creado. Para lo contrario, sería necesario rebajar del tiempo requerido para la prescripción, el tiempo que hubiese corrido durante el obstáculo, aunque hubiese cesado antes del cumplimiento de la prescripción. Sin embargo, el mayor número de escritores ponen á la imposibilidad material de obrar, entre las causas que suspenden el curso de la prescripción, lo que nos parece equitativo, principalmente cuando se trata de perder el derecho á un crédito. Comprendemos también los derechos reales, *al propietario*, dice el artículo, á fin de generalizar la autoridad de los jueces en los casos de impedimentos de hecho. En tiempos de guerra, los casos de impedimento por fuerza mayor se han presentado muy de continuo. Algunos gobiernos han privado á sus tribunales recibir demandas de los súbitos enemigos contra los nacionales, y esta suspensión de la acción tiene por efecto inmediato suspender al mismo tiempo la prescripción.—Véase Zachariæ, § 848. — Massé, *Droit commercial*, tom. 1, nº 147.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3980. — La prescripción de una obligación cuyo cumplimiento depende de un hecho ajeno á la voluntad del acreedor, sólo empieza á correr desde que ha tenido lugar el hecho que impedía su cumplimiento. — Jur. Com., VI, 404, Ser. 1º.

El término para la prescripción de una obligación, cuyo cumplimiento depende única y exclusivamente del obligado, sólo empieza á correr desde la fecha en que éste haga saber al acreedor la imposibilidad de cumplir la obligación. — Jur. Civ., VI, 556, Ser. 1º.



privar de un derecho, y únicamente deben concederlo, cuando el acreedor ó propietario hubieran hecho valer el derecho inmediatamente de haber cesado la causa que les impidió ejercerlo.

§ 1079.—CUÁNDO CORRE LA PRESCRIPCIÓN

Por regla general, cuando una prescripción ha comenzado á correr continúa sin interrupción, si no hay una causa que venga á suspenderla; por consiguiente no habría razón para enumerar cuando continúa, pero hay casos en que sería dudosa, y para esos se han establecido las reglas siguientes:

1^a *Si son varios los herederos beneficiarios, deudores á las (de la) sucesión, la prescripción corre respecto á la parte de los créditos de los co-herederos que no la han interrumpido, ó no ser que el derecho fuese indivisible (art. 3975), porque cada uno debe ejercer*

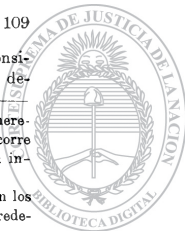
(Art. 3975.) La suspensión concedida al heredero beneficiario por sus deudas en favor de la sucesión, ó los créditos que tenga en contra de ella es con el objeto de no colocarlo en la necesidad de pedir el nombramiento de un curador para demandar su crédito, lo que no tendría lugar cuando sean varios los herederos. Si varios han aceptado la herencia pura y simplemente y uno solo bajo beneficio de inventario, que es deudor de la sucesión, puede alegar la prescripción contra sus coherederos por la parte que les corresponda; este es el sentido del artículo, aunque otra cosa parezca decir, atendiendo á su sentido literal, que juzgamos mal traducido. En efecto; Duranton, que ha servido de modelo, dice: «si no hay un solo heredero, la prescripción ha podido correr contra los otros coherederos, etc.», y eso se ha traducido por la expresión de: si son varios los herederos beneficiarios, etc., de modo que tomando el sentido literal, exigiríamos que fueran varios los beneficiarios, cuando uno solo basta para prescribir contra los demás coherederos. Así, pues, si todos son herederos beneficiarios, cualquiera de ellos que fuera deudor de la sucesión, ó si todos lo fueran podrían alegar la prescripción contra sus coherederos por la parte que les correspondiera, lo mismo que si fuera uno solo. Si suponemos tres herederos beneficiarios deudores de la sucesión respectivamente, por tres, seis y nueve mil pesos, pueden alegar la prescripción de sus créditos, el primero por dos, el segundo por cuatro y el tercero por seis mil pesos, respectivamente, contra sus coherederos, tomando en cada acreencia la tercera parte que le corresponde en la sucesión.

la vigilancia en lo que corresponde á su derecho, pues se considera que hay tantos deudores como herederos, cuando todos de-

El artículo se debe, pues, redactar así: «si uno ó varios de los herederos beneficiarios, fueran deudores á la sucesión, la prescripción corre respecto á la parte de los créditos de los coherederos que no la han interrumpido, á no ser que el derecho fuera indivisible».

La excepción sobre los derechos indivisibles sólo se explica en los casos en que la obligación pesara sobre todos y cada uno de los herederos, porque, como dice Duranton, si la prescripción no ha corrido respecto del primero, es decir, del deudor, éste habría conservado el derecho de todos, por aplicación del principio que la prescripción no puede ser interrumpida por partes en una cosa indivisible; teoría confirmada por el art. 688, donde se dispone que interrumpida la prescripción por uno de los obligados aprovecha á sus coobligados, y lo confirma el art. 3996. Pero este derecho indivisible no debe confundirse con las acciones reales que los herederos deben ejercer contra el coheredero que detenta una cosa de la sucesión á título propio, en que se considera como un extraño y corre la prescripción en su favor, y la sucesión puede alegarla en contra de él. Así, por ejemplo, si uno de los herederos beneficiarios ó puros hubiera comenzado á prescribir un bien raíz de su causante, la prescripción no se suspendería por el hecho de sucederle con otros, y continuaría prescribiéndolo, como se dijo en el art. 3972 y su nota, pues la suspensión sólo se acuerda á los créditos, y no á los derechos reales. Delvincourt sostiene la suspensión desde la muerte del autor común, fundándose en que la acción de partición es imprescriptible mientras dura la indivisión de los comuneros, regla consagrada por nuestro art. 4019, n° 3; pero este principio no es aplicable á este caso, porque la cosa poseída por el heredero que la detentaba, prescribiéndola contra su causante, no ha entrado en la sucesión, mientras el poseedor no haya sido vencido: en una palabra, no es una cosa común que esté en indivisión; por el contrario, el heredero la ha poseído para sí y como propia durante la vida de su causante, y ha continuado en esa posesión. Lo mismo sucedería si el causante de la sucesión hubiera comenzado á prescribir una cosa de uno de los que después ha venido á ser heredero, la prescripción continuaría, y la sucesión habría adquirido la cosa si no ha sido reclamada en tiempo. — Comp. DURANTON, XXI, 318. AUBRY Y RAU, § 214 texto y nota 20. — Véanse arts. 3378, 3972, 3974 y 3996.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3975. — Duranton, tom. 21, n° 318.





bieren. Si suponemos dos herederos beneficiarios A, y B, y cada uno debiera á la sucesión mil pesos, y corriendo la prescripción A, la interrumpiera respecto de B, pero éste nada dijera sobre la de A, y quedara prescripta, B, no tendría parte en la de A, mientras éste tendría la mitad en la de B.

2^a *La prescripción no se suspende durante la indivisión de la herencia, á beneficio de un heredero puro y simple, respecto de sus derechos contra la sucesión (art. 3976);* porque éste ha formado

(Art. 3976.) El heredero que ha aceptado la herencia pura y simplemente ha confundido su patrimonio con el de su causante, y si es único no puede alegar prescripción en favor ni en contra de la sucesión, porque sería ir contra sí mismo; mientras el heredero beneficiario único, que no confunde su patrimonio, no puede alegar la prescripción, porque la ley la declara suspendida con relación á los créditos que tuviera contra la sucesión, ó los que ésta á su vez pudiera exigir contra el heredero. Pero cuando son varios herederos, dijimos en el artículo anterior que la prescripción corría contra los coherederos; ahora se trata de averiguar, si la indivisión es una causa de suspensión respecto de los que han aceptado la herencia pura y simplemente, y el artículo que estudiamos decide la cuestión por la negativa, y con razón; porque si bien es cierto que el goce en común, de una cosa, interrumpe la prescripción desde que la posesión común importa un reconocimiento del derecho de aquél contra quien se poseía individualmente, también lo es que no hay motivo para suspender la prescripción que ha comenzado á correr. Si suponemos que el heredero puro y simple poseía como propia una cosa de su causante, y la hubiera comenzado á prescribir antes de abrirse la sucesión, si dicho bien hubiere sido inventariado con su consentimiento como perteneciente á la sucesión poniéndose en común, ésta habría interrumpido la prescripción dejando sin efecto el tiempo que el heredero la hubiese poseído como propia, de modo que si volviera á poseerla no podría contar ese tiempo, porque ha quedado sin efecto; eso es lo que importa la expresión del artículo cuando dice, la prescripción corre contra el heredero puro y simple respecto de sus derechos contra la sucesión, lo que también habría sucedido aunque fuera heredero beneficiario, porque la excepción del art. 3972, que suspende la prescripción, es únicamente con relación á los créditos contra la sucesión ó recíprocamente, él no puede invocarla en su favor por lo que adeudare á la sucesión, art. 3974; pero respecto á las acciones reales en su favor ó en su contra, la prescripción no se suspende, como lo dice la nota del Dr. Velez-Sarsfield al



una sola persona con el difunto y ha confundido su patrimonio; pero los acreedores de la sucesión tienen derecho para demandar art. 3972. Así, pues, cuando Aubry y Rau, § 214 texto y nota 24, donde fué tomado el artículo que examinamos, dicen: «que no se puede extender al heredero puro y simple la suspensión establecida en provecho del heredero beneficiario», se debe entender que es únicamente con relación á los créditos contra la sucesión ó á las deudas de ésta; porque respecto á los derechos reales, corre siempre la prescripción en favor de la sucesión.

El estado de indivisión es una causa que hace imposible la prescripción, cuando la cosa común es poseída á nombre y por todos los comuneros; pero esa imprescriptibilidad cesa desde el momento en que uno de ellos, cambiando la causa de su posesión, toma la cosa para sí como propia, negando á sus condóminos la propiedad, y la prescribe por treinta años. El art. 4020, declara prescripta la acción para pedir la partición de la herencia al heredero que ha poseído durante 30 años el todo ó parte de ella en nombre propio y como señor y dueño, extinguiendo así el derecho que el coheredero tenía para reclamar la cosa. Y la ley no distingue entre el heredero beneficiario y el puro y simple, ambos están en la misma línea. Así, pues, la indivisión no es una causa de suspensión de la prescripción, y tanto el heredero beneficiario como el que no lo es pueden prescribir las cosas de la sucesión; sólo se diferencian en cuanto á los créditos cuya prescripción se declara suspendida en favor y en contra de éste, mientras no tiene efecto en favor ni en contra del heredero puro y simple, como se dijo antes. Por esta razón no es exacta, sino en parte la afirmación que algunos hacen, de que para «el heredero puro y simple, la prescripción corre en su favor y en su contra, y que lo contrario sucede tratándose de los herederos beneficiarios», porque la suspensión acordada á éstos es sólo con relación á los créditos ó á las deudas. — Véanse arts. 3972, 3974 y 3978.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3976. — Aubry y Rau, § 214. — Troplong, sobre el art. 2251, n° 721. — No se puede extender al heredero puro y simple la suspensión establecida á favor del heredero beneficiario. La indivisión no es por su naturaleza suspensiva de la prescripción: pero se dice que el goce común de los bienes de la sucesión es una interrupción de la prescripción, porque ese goce contiene el reconocimiento del derecho que se posee pro indiviso. Troplong contesta que no se debe confundir la interrupción con la suspensión de la prescripción.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3976. — La prescripción de un derecho condicional, como la reversión de un legado, no puede verificarse ni aun iniciarse siquiera, antes de que la condición se cumpla. — Jur. Civ., IX, 203, Ser. 2°.

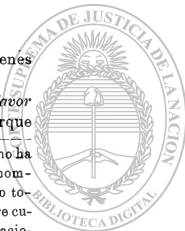
la separación del patrimonio, y que se les pague con los bienes dejados por su deudor.

3ª *La prescripción corre contra una sucesión vacante y á favor de ella, aunque no esté provista de curador (art. 3977),* porque

(Art. 3977.). Como se sabe, la sucesión vacante es aquella que no ha sido reclamada por heredero alguno, ó cuando ha renunciado el nombrado y no se ha presentado pretendiente á reclamarla; en ese caso todos los que tengan interés ó algún derecho, pueden pedir se nombre curador á la herencia, y el fiscal, en representación de los intereses nacionales ó provinciales, según el caso, puede demandar el nombramiento de curador. Como hemos dicho anteriormente, el término para la prescripción continúa corriendo y no se suspende por el fallecimiento; pero si después de declarada la vacancia y nombrado curador, se presentare un heredero menor ó incapaz, el principio del art. 3966, recobra su imperio, y la prescripción no se habrá suspendido, porque no corre contra el incapaz.

Duranton, XXI, 321, de donde fué tomado el artículo que estudiamos, dice, comentándolo: «la regla de que la prescripción corre contra una sucesión vacante, aún no provista de curador, es sin perjuicio de la regla general que suspende la prescripción en provecho de los menores y de los interdictos; porque si en definitiva es un menor que viene á ser heredero, como la aceptación de la sucesión tiene un efecto retroactivo al día de su apertura, habrá verdad en decir, al contrario, que la prescripción no ha corrido durante la vacancia; el menor habrá sido protegido por la ley, como un heredero mayor lo hubiera sido por los actos de un curador de la sucesión, si hubiera existido uno nombrado». La regla que protege á los menores ó incapaces no reconoce más excepciones que las determinadas por la ley, y sin una disposición expresa que haga correr la prescripción contra los menores, como las de los arts. 3967, 3968 y 1382, debe declararse suspendida.

Si nadie hubiera pedido el nombramiento de curador, la prescripción que había comenzado á correr contra el causante de la sucesión continuará sin interrupción, y si éste hubiera sido menor ó incapaz contra quien estaba suspendida, habiendo desaparecido la causa, principiaría á correr desde ese instante; lo mismo sucedería si después del fallecimiento y estando los bienes abandonados, cualquiera se hubiera apoderado de ellos, los prescribiría si nadie lo hubiera interrumpido. La vacancia no debe ni puede ser una causa de suspensión de la prescripción, porque se trata de un accidente, no de personas á quienes el legislador está en la obligación de proteger.



no teniendo herederos consanguíneos, es el Estado General ó Provincial el que recibe esos bienes, y no estando considerados como incapaces, según los reputaba la antigua legislación, no hay razón para que se suspenda la prescripción.

4^a *La prescripción corre á favor y en contra de la sucesión, durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar sobre su aceptación (art. 3978);* porque durante ese tiempo

Contra el principio consagrado en este artículo se ha hecho la objeción siguiente: cuando una sucesión es declarada vacante, el curador nombrado á petición de los acreedores, la administra realmente en su interés. ¿Cómo podría prescribir contra ellos? Merlin, Rep. 1.^o *Prescripción*, la contesta diciendo: que los acreedores no adquieren más derechos por la muerte de su deudor, que los que tenían durante su vida. Ellos tienen, pues, únicamente contra la sucesión las mismas acciones que tenían contra él. La verdad es que la sucesión forma un ser moral, como lo hemos sostenido en repetidos lugares de esta obra, que es la continuación de la persona del difunto y lo representa en todos sus derechos y acciones, y es á ese título que los herederos lo substituyen. Si, pues, la sucesión vacante es la continuadora de los derechos y acciones del difunto, es claro que las prescripciones comenzadas en su favor ó contra ella, continuarán como si el causante existiera. — Véanse arts. 3539, 3540 y 3978.

(Art. 3978.) El art. 3367 prohíbe á los acreedores y legatarios demandar el pago de sus créditos y legados contra el heredero beneficiario durante los plazos para hacer inventario y deliberar, y como sólo se puede interrumpir la prescripción por medio de la demanda, habría sido necesario concederle la suspensión, lo que el legislador no ha hecho, luego se debe interpretar la prohibición en el sentido de que no pueden hacerse pagar sus créditos, como lo dijimos en el comentario á dicho artículo, lo que viene á confirmarse por el presente; desde que hace correr la prescripción durante el tiempo concedido para hacer el inventario y deliberar, indicando así que el acreedor ha podido interrumpir la prescripción por la demanda, aunque no pueda ejecutar su crédito. Si, pues, la sucesión pudo cobrar sus créditos, porque el heredero beneficiario está facultado para hacerlo según el art. 3367; si los acreedores pudieron interrumpirla, no habría razón para conceder la suspensión. De

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3977. — Cód. Francés, art. 2258.—Marcadé, sobre dicho artículo, n.º 4. — Troplong, *Prescript.*, n.º 807. — Duranton, tom. 21, n.º 821. — Vazeille, n.º 308.





no hay herederos beneficiarios, único caso en que la prescripción no corre contra el heredero que acepta la herencia bajo beneficio

lo ordenado en este artículo se podría deducir lo que dijimos en el art. 3972, que la prescripción comenzaba á correr desde la apertura de la sucesión.

Téngase presente que la suspensión acordada al heredero beneficiario es para los *créditos* que tuvieran contra la sucesión, y que las acciones reales no gozan de ese beneficio, corren á favor y en contra de ella.

Duranton, XXI, 323, al explicar el art. 2259, Cód. Francés, que el nuestro ha tomado literalmente, dice: «nada impide, en efecto, que el heredero hábil para suceder interrumpa la prescripción en esta calidad; accionando durante los términos para hacer inventario y deliberar, sin que de esto pueda inferirse una aceptación de la sucesión, sea pura y simple, sea bajo beneficio de inventario. Recíprocamente, nada impide á los acreedores de la sucesión y á los propietarios de bienes que posea el difunto, de demandar al hábil para suceder, en esta calidad, durante esos mismos términos; únicamente si él invocara la excepción dilatoria del art. 174, Cód. de Procedimientos, y la del art. 797, Cód. Civil (que es la de nuestro art. 3367), la causa quedaría en suspenso, pero la prescripción habría sido útilmente interrumpida», confirmando así lo que hemos dicho anteriormente, de que la prescripción se puede interrumpir por la demanda aun contra el heredero beneficiario, pues lo que la ley prohíbe es que se obtenga el pago antes de la aceptación de la herencia.

Troplong hace notar una singular distracción de Bigot de Preameneu, miembro informante al Cuerpo Legislativo francés, al sancionarse el art. 2259, en que olvidando el texto del artículo sostiene que la prescripción se *suspende*, en vez de correr, como dice el artículo. Y después de esto, dice Troplong, jurad dócilmente sobre las palabras de los señores oradores del gobierno! Parodiando á este autor podíamos aplicar las mismas palabras á las notas del Dr. Velez-Sarsfield, que contradicen ó se separan de las doctrinas proclamadas en el texto, con esta diferencia, que entre los oradores del gobierno al sancionarse el Cód. Francés, tal vez será el único error de esta clase que pueda notarse, mientras entre la nota y el texto de nuestro Código, se encuentran muchas de estas contradicciones. — Véanse mis comentarios al art. 3367.—Comp. arts. 3972, 3974 á 3977.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3978.—Cód. Francés, art. 2259.—Troplong, sobre dicho artículo, n° 808.—Duranton, tom. 21, n° 323.—Aubry y Rau, § 214.—Vazeille, n° 909.



de inventario; pero en lo que respecta á los terceros que poseyeran bienes de la sucesión, ó cuando ésta tuviera bienes de otros, la prescripción no se suspenderá, corriendo en su favor y en su contra.

5ª *La prescripción corre á favor y en contra de los bienes de los fallidos (art. 3979)*; porque éstos se encuentran representa-

(Art. 3979.) Hemos sostenido en el comentario al art. 3966 que la prescripción sólo se suspendía en los casos expresamente determinados por la ley; que siendo un privilegio acordado á determinadas personas para libertarlas de un perjuicio evidente é inevitable, ó por no causar gastos inútiles se concedía la suspensión, y estas ideas tienen su confirmación en el artículo que estudiamos, pues expresa claramente que la prescripción corre á favor y en contra de los bienes del fallido; quiera decir, entonces, que la masa fallida puede prescribir contra los acreedores, así como éstos pueden libertarse de las deudas que tuvieran. Se trata de créditos, no de acciones reales, respecto de las que jamás se suspende la prescripción, á no ser por la calidad de las personas, menor, incapaz ó entre marido y mujer durante el matrimonio; pero autores como Aubry y Rau, § 214, texto y nota 30, sostienen que la prescripción se suspende para el acreedor que se ha presentado al concurso; así dicen en el texto: «es así que la prescripción queda en suspenso para los acreedores del fallido que han hecho admitir su acreencia en el pasivo de la masa, hasta el momento en que por efecto de un concordato ó á la clausura hayan recobrado el ejercicio de su acción individualmente». Creando de este modo por su propia autoridad una suspensión no autorizada por la ley. Y para confirmar esta opinión agregan en la nota 30: «los acreedores que han demandado y obtenido su admisión en el pasivo de la masa, habiendo hecho todo lo que podían y debían hacer para la conservación de sus derechos, y encontrándose privados, mientras dure el estado de quiebra, de toda acción individual, la prescripción debe ser suspendida en su favor». He transcripto en extenso los dos párrafos, porque ellos han servido de fundamento á algunos autores argentinos, que los

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 3978. — El término de la prescripción de una obligación ratificada, no puede contarse sino desde la fecha de la ratificación. — XXVII, 62.

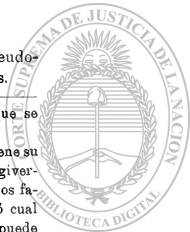
Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3978. — La prescripción del derecho al patronato de una capellanía, sólo empieza á correr desde la fecha en que se reconoció judicialmente corresponder al heredero y no desde la fecha en que quedó vacante por fallecimiento del anterior patrono. — Jur. Civ., X, 97, Ser. 2ª.

dos por los síndicos, que si bien no son apoderados de los deudores, lo son de la masa de bienes y en parte de los acreedores.

aceptan como doctrina corriente, y voy á demostrar el error en que se incurre.

En primer lugar, tenemos el artículo que estudiamos, que no tiene su semejante en el Cód. Francés, cuyo mandato claro no admite tergiversación: la prescripción corre en contra y á favor de los bienes de los fallidos. ¿Dónde está la disposición que diga: se suspende en tal ó cual caso? No la encontraremos seguramente! Si en derecho francés se puede aceptar como doctrina la conclusión de Aubry y Rau, no puede serlo en el nuestro con una disposición absoluta que hace correr la prescripción.

Y aquí conviene recordar lo dicho en el comentario al art. 3966 sobre las diferencias capitales que existen entre la suspensión y la interrupción, que en la aplicación se confunden generalmente. Así, por ejemplo, algunos citando y aceptando las opiniones de Aubry y Rau sobre la suspensión de la prescripción por el hecho de presentarse el acreedor á la masa concursada, dicen, «que la sola presentación de su crédito es suficiente para interrumpir la prescripción», lo que es cierto; pero observaremos que si estaba suspendida, no necesitaba de la interrupción, pues la suspensión se aplica á una prescripción que ha corrido, ó que ordinariamente debe principiar á correr, y cuando el perjudicado con ella es un menor ó un incapaz, etc., no comienza á correr, ó si ha principiado no continúa, desde el momento en que el derecho ha pertenecido al incapaz. La interrupción, por el contrario, borra el tiempo corrido, es como si no hubiera existido; pero desde el acto que ha inutilizado el tiempo transcurrido, comienza de nuevo á correr, hasta que otro acto venga de nuevo á interrumpirla; así, pues, el acto interruptivo sirve de comienzo para la nueva prescripción. Según esta teoría, el acreedor que se ha presentado al concurso demandando una colocación en la masa, ha interrumpido la prescripción que contra él corría; pero si el concurso se ha paralizado y nadie ha hecho petición alguna, la prescripción comienza desde la última diligencia judicial, de modo que el concurso mismo podría alegar la prescripción al acreedor que no continuó su gestión durante diez años. Por otra parte, si después de iniciado el concurso se paralizara durante diez ó veinte años, todos los créditos estarían prescriptos; lo que no podría suceder si se aceptara la teoría de que la presentación en juicio de los acreedores fuera suficiente para suspender la prescripción, llegando á la absurda conclusión de que durante un siglo estaría suspendida. La presentación en juicio no suspende la prescripción, la interrumpe únicamente, y no se citará dispo-



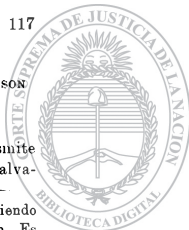
§ 1080.— QUIÉNES PUEDEN ALEGAR LA SUSPENSIÓN Y CUÁLES SON
LOS EFECTOS DE ÉSTA

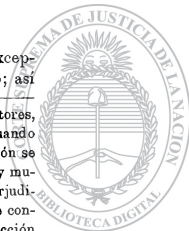
El beneficio de suspensión es personalísimo, no se trasmite con la acción conferida por la ley, porque tiene en vista salva-

sación alguna del Código que conceda semejante suspensión, haciendo depender de la voluntad del demandante el término de la acción. Es cierto que el demandado puede hacer seguir el juicio en rebeldía del demandante; pero, ¿con qué derecho se le haría proseguir un juicio que el actor ha abandonado? Desde la última diligencia comienza á correr la prescripción, porque jamás se ha suspendido, confundiéndose erróneamente los actos de interrupción con los de suspensión. El acto del acreedor reclamando su derecho importa, como lo reconoce el mismo autor, una interrupción de la prescripción; quiere decir, entonces, que por ese acto se ha borrado el tiempo transcurrido; pero como no se ha suspendido, comienza desde él una nueva prescripción, porque ninguna ley ha dicho, desde la interrupción principia el privilegio de la suspensión; habría sido una iniquidad, sujetar perpetuamente al demandado con una acción imprescriptible, que no ha creado el Código. Sostengo, pues, que interrumpida la prescripción por la demanda, continúa desde la última diligencia judicial, no siendo cierto que se suspenda, porque no hay disposición alguna en el Código que acuerde este privilegio.

Contestando á Aubry y Rau, quienes se apoyan en que los acreedores no han recobrado el ejercicio exclusivo de sus derechos sino por el efecto del concordato, ó de la clausura del concurso, me parece que no hay exactitud en la afirmación, desde que cualquiera de los acreedores puede presentarse ante el juez, obligando al síndico á continuar la gestión; y un acto de esta clase importaría la interrupción de la prescripción. Los acreedores no están representados por el síndico, y pueden ejercer no sólo todos los actos conservatorios de sus derechos, sino también deducir las acciones que les correspondiese, tanto para hacer reconocer y verificar sus créditos, como para que se les coloque en el lugar y grado que les corresponda, y finalmente para que se les pague en el orden y forma que se hubiere decidido por el juez; así es que conservan la plenitud de sus derechos.

Otra cosa sucedería, si la calidad de deudor y acreedor se encontraran temporalmente reunidas en una misma persona, porque entonces la prescripción no podría tener lugar, pues una persona no puede pres-





guardar los intereses de los incapaces, ó se concede como excepción á un estado especial, como por ejemplo, al matrimonio; así

escribir contra sí misma; en esa hipótesis no diríamos, como los autores, que la prescripción se ha suspendido, porque no hay suspensión cuando hay imposibilidad de que haya prescripción. En efecto, la suspensión se concede como un beneficio en favor de los incapaces, ó de marido y mujer durante el matrimonio, para impedir que los primeros sean perjudicados por la negligencia de los tutores ó curadores, ó con el fin de conservar la paz y tranquilidad del hogar en el segundo, cuando la acción de la mujer debe recaer contra el marido, ó cuando éste ó su mujer tuvieran que accionar el uno contra el otro; pero jamás se acuerda la suspensión para las cosas que uno mismo posee á título propio y como heredero de aquel contra quien prescribía. La prescripción se hace entonces imposible por la confusión de la calidad de deudor y acreedor; no ha podido existir.

Es necesario tener bien presente que la suspensión de la prescripción es un beneficio del que no pueden gozar sino las personas á quienes la ley les ha concedido, como lo dice el art. 3966, y aunque no haya agregado la palabra *expresamente*, debe comprenderse, porque cuando el artículo «exceptúa los casos en que las leyes hubieren establecido lo contrario», debemos ir á buscar la ley que cree la excepción, y no tenemos facultad para extenderla á caso alguno que no estuviera comprendido en una disposición expresa.

Troplong, trata la cuestión que estudiamos y vamos á transcribir sus palabras como un apoyo poderoso en favor de la tesis que sostenemos, dice en el n° 719: «el acreedor que deposita sus títulos ante el escribano del Tribunal de Comercio para que sean verificados, esta reclamación importa interrumpir la prescripción... No es esto todo! la verificación tiene lugar, el acreedor afirma la sinceridad de su acreencia, es admitido al pasivo de la quiebra. De ahí resulta un reconocimiento que es una *nueva interrupción* de la prescripción. En fin, después que el acreedor ha conquistado esta posición, las ocasiones de obrar se presentan aún y se multiplican..... Lejos, pues, de que la quiebra obligue al acreedor á una inacción forzada, ella lo obliga por el contrario á ejecutar las diligencias más activas. Por eso no hay suspensión en ninguna de sus fases, y así se ha juzgado con muchísima razón por la Corte de Casación (14 Febrero 1833, Dalloz, 33, 1, 283), que la prescripción interrumpida por los actos que acabamos de hablar, comienza á contarse desde la última diligencia, y vuelve á tomar su curso regular». Esta opinión la hemos conocido después de escribir lo que antecede, como nos

dice el **art. 3981**: *el beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas, ó contra las personas,*

ha sucedido muchas veces al escribir esta obra; es la primera y última vez que hacemos notar esta coincidencia.

(**Art. 3981.**) Se dijo en los artículos anteriores que la suspensión era un beneficio concedido únicamente á individuos que no pueden por sí mismo interrumpir la prescripción, como son los menores bajo tutela ó los incapaces bajo curatela, ó cuando por razón de su estado no pueden ejercer la acción sin producir un disturbio en el hogar, como ocurre en el matrimonio, en que ninguno de los cónyuges puede prescribir contra el otro. Por eso es que el art. 3966 ha dicho, el beneficio de la suspensión sólo se concede á aquellos á quienes la ley lo ha acordado expresamente; para alegarle es necesario invocar una disposición de la ley, no se puede aplicar por analogía, ni por deducciones, por lógicas que parezcan. Y el presente artículo viene á ser una ampliación de estos principios, porque sólo autoriza á invocarlo en su favor á las personas en cuyo beneficio se ha establecido; así, únicamente podrán alegarla los menores y los incapaces bajo curatela, los cónyuges entre sí durante el matrimonio, y la mujer, cuando la acción debiera reflejar sobre el marido; si el menor ó incapaz hubiera fallecido dejando herederos mayores, la prescripción comenzará á correr desde su muerte, sin que se compute para el mayor, tiempo en que estuvo suspendida.

Pero el artículo contiene una disposición más especial respecto á la suspensión, impidiendo que este beneficio pueda extenderse á otras personas que las expresamente designadas para gozar de él. Si suponemos una obligación solidaria contraída en favor de dos personas mayores contra las que el deudor ha comenzado á prescribir, si uno de ellos falleciese dejando por heredero á un menor, la prescripción se habría suspendido en su contra; pero no podría ser alegada por su cointeresado, contra quien continuaria corriendo. Por una razón idéntica, el acreedor en cuyo favor se ha suspendido la prescripción respecto de su deudor principal, ó de alguno de sus codeudores, aunque fuera solidario, no podrá invocar la suspensión con relación á la fianza; porque no se encuentra en las mismas condiciones. Recíprocamente, si suponemos que el deudor tuviera varios acreedores solidarios, entre los que se encontrara una mujer, con la que después contrajere matrimonio, habiendo comenzado la prescripción, se suspendería para ella; pero no podrían alegarla los demás acreedores, porque contra ellos ha corrido sin interrupción. Una





en perjuicio ó á beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus co-interesados ó contra su co-interesados; porque si el legislador ha tenido razones de orden social para proteger á los menores ó incapaces bajo curatela, ó á la mujer y al marido que forman una misma persona, los cointeresados no pueden prevalerse de este privilegio, sino en el único caso de indivisibilidad, como lo dice el art. 3982: la disposición del artículo anterior no

sentencia de la Corte de París, confirmada por la de Casación en 23 de Febrero de 1832, estudia y consagra estos principios, y puede consultársela con provecho en Dalloz, Rep. Vº *Prescripción*, nº 743.

El artículo fué tomado al pie de la letra de Aubry y Rau, como lo indica la nota del Dr. Velez Sarsfield. — Véanse arts. 678, 696, 3966, 3982 y 3990.

(Art. 3982.) El artículo tomado de Aubry y Rau, § 214, texto á la nota 43, ha sido mal traducido, confundiendo, á mi juicio, nociones fundamentales; así dicen estos autores: «la regla de que hemos hablado, recibe sin embargo excepción, tanto en lo que se refiere á la materia real indivisible, cuanto á lo que concierne á las obligaciones indivisibles»; así, pues, creo que el artículo debe aplicarse únicamente á las cosas ó derechos reales indivisibles debidos, ó á favor de personas contra las que corre la prescripción, y contra las que se ha suspendido. No se debe confundir la solidaridad con la indivisibilidad, aunque algunas veces produzcan los mismos efectos. En este caso el beneficio de la suspensión contra el menor ó el incapaz no aprovecha al deudor ó acreedor solidario capaz. Así, un ejemplo del primer caso sería el de una cosa cierta y determinada debida á un mayor y á un menor, ó la de entregarles cosas, que son indivisibles, según los arts. 679 y 681, en ese caso no se prescribiría para el mayor sino desde el momento en que hubiere llegado á la mayor edad su coacreedor menor, contra

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3981. — Aubry y Rau, § 214, al fin. — Entre muchos co-propietarios, ó muchos deudores aun solidarios, si se encuentra uno á cuyo beneficio la prescripción ha sido suspendida por la ley, por ejemplo, por causa de minoridad, los otros no son admitidos á prevalerse de esta suspensión.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3981. — Trátándose de derechos personales, la prescripción es procedente contra los herederos mayores, aun cuando se declare improcedente contra los menores. — Jur. Civ., X, 27º, Ser. 2º.

Entre deudores solidarios, sólo se cuenta el plazo para la prescripción desde la fecha del pago hecho al tercero. — Jur. Civ., II, 32º, Ser. 1º.

comprende las obligaciones ó cosas reales indivisibles; pero debemos separar las obligaciones indivisibles, de las en que entrega

quien la prescripción no ha corrido, porque se trata de un hecho que no admite separación ó división, y entonces el legislador se encuentra obligado, por la naturaleza del derecho, para no perjudicar al incapaz á declarar que la regla del art. 3981 no le rige, haciendo beneficiar de la suspensión al mayor de edad. Es lo que expresan Aubry y Rau, § 214, cuando dicen: «esta excepción tendría su aplicación, si por el resultado de la partición, un derecho indivisible hubiera caído en el lote de uno de los cointerésados, en cuyo provecho la prescripción no había sido suspendida por su propia calidad».

Un ejemplo típico de la indivisibilidad, lo tenemos en las servidumbres reales que, no pudiendo ser adquiridas ni perdidas por partes, el derecho del incapaz está en la misma condición que el del capaz, porque se reputa á cada uno dueño del derecho; por eso dice el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota al art. 3007: «la regla de la indivisibilidad de la servidumbre es inflexible. Nada importa que el predio dominante ó sirviente mude de dueño, y que se reparta en varias manos en lugar de estar en las de un solo dueño, porque cada uno de los que lo sean del predio dominante, se aprovechará de toda la servidumbre, como cada uno de los del predio sirviente tendrá que tolerarla, etc.» Así, pues, una servidumbre debida por un fundo perteneciente á mayores y menores, ó establecida en favor del fundo que á éstos pertenezca, pondrá á los mayores en el caso de alegar la suspensión, cuando el fundo sirviente quisiera alegar la prescripción, y los menores, á su vez, aprovecharán de la prescripción adquirida por sus condóminos.—Véase mi comentario al art. 3007, VII, págs. 487 á 489.

Las obligaciones de deber cantidades de dinero, contraídas por mayores y menores no son indivisibles, y por esa razón la prescripción corre en contra de los mayores, y se suspende por la parte que corresponda á los menores ó incapaces bajo curatela. Es necesario, pues, que la obligación sea indivisible ó que la cosa material sobre que versa el derecho sea también indivisible. Estos principios se aplican igualmente á la interrupción de la prescripción, como lo consigna el art. 3996, donde se exige que la obligación sea indivisible, ó lo sea el objeto, para que la interrupción hecha por uno de los cointerésados aproveche á los demás.—Véanse arts. 679, 681, 688, 2405, 3007, 3062, 3981 y 3996.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3982. — Véase fallo al art. 3981. — Jur. Civ., X, 279, Ser. 2°.

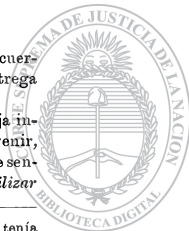


la cosa, que son por su naturaleza indivisibles, cuando son cuerpos ciertos y determinados, como dice el Código, pues, la entrega no se divide.

Ya hemos dicho que la suspensión de la prescripción deja intacto el tiempo pasado, porque su acción se limita al porvenir, impidiendo que continúe cuando la causa se produce; en ese sentido dice el **art. 3983**: *el efecto de la suspensión es inutilizar*

(**Art. 3983.**) Dijimos al estudiar el art. 3966, que la suspensión tenía por objeto hacer cesar momentáneamente la prescripción que había principiado á correr, ó impedir que comenzara á contarse la que ordinariamente debía comenzar; que el tiempo en que la prescripción estaba en suspenso, se consideraba como si no hubiese corrido, sin perjudicar ni obrar sobre el tiempo en que la prescripción había corrido, cuando apareció la causa que la hizo detener, de modo que el tiempo intermedio es como si no hubiera existido; en fin, que la suspensión jamás influye sobre el pasado, dejándolo intacto. La interrupción, por el contrario, tiene por objeto únicamente el pasado, sin mirar al porvenir; una vez que ha tenido lugar, el tiempo transcurrido desaparece, es como si no hubiera corrido, lo anonada, por decirlo así, es como si jamás hubiera existido; pero su acción se detiene ahí, no tiene influencia sobre el tiempo que comienza á correr desde la interrupción para adelante; porque su acción se limita á dejar sin valor el transcurrido. Así, una prescripción comenzada, que ha corrido durante nueve años, si es interrumpida por una demanda, tiene por efecto que esos nueve años no se cuenten, porque se consideran como no corridos; pero en cambio comienza una nueva prescripción desde la última diligencia, prescripción que viene á interrumpirse por una nueva, para dar lugar á otra que comienza; á semejanza de lo que sucede en la naturaleza, que la muerte de un ser engendra la vida de otros, y al cumplir su evolución dan nacimiento á otros organismos.

El carácter típico de la suspensión es que no influye sobre el pasado, pues lo deja intacto; mientras la interrupción no tiene otro objeto que anadar ese pasado; por eso se ha dicho con verdad: la suspensión sólo mira al porvenir, mientras la interrupción obra exclusivamente sobre el pasado. Un ejemplo nos dará una idea exacta de estos principios que no han sido bien comprendidos. Supóngase que poseo como propia una casa que he adquirido de otro; tengo título translativo de dominio, buena fe, y estoy en posesión de ella; la tengo nueve años, cuando resulta que otro se dice verdadero dueño y me la reclama por reivin-

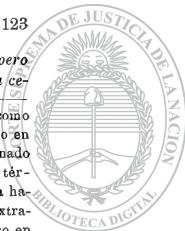


para la prescripción el tiempo por el cual ella ha durado; pero aprovecha para la prescripción no sólo el tiempo posterior á la ce-

dicación; esos nueve años de posesión quedan perdidos para mí, es como si no la hubiera poseído, y sin embargo, sino hubiera sido demandado en diez años entre presentes ó veinte entre ausentes, habría perfeccionado mi título; pero si desde la demanda, en adelante, dejara vencer el término de diez años sin haber hecho el reclamante petición alguna, la habría prescripto el demandado. Si introducimos ahora un elemento extraño, veremos que la prescripción no corre y ha quedado en el punto en que ese elemento la encontró. Así, continuando con el ejemplo propuesto, si á los nueve años el que se dice verdadero propietario ha fallecido dejando un heredero de 14 años, la prescripción en ese caso se habría suspendido para volver á correr ocho años después, no contándose el tiempo de la menor edad, de modo que aquella se habría cumplido al año después de la mayor edad; así, pues, los nueve años se cuentan, porque no se han perdido como en la interrupción.

¿Desde cuándo comienza á contarse el tiempo para la suspensión? Como el tiempo no corre de momento á momento, sino por días, meses y años, resultará que la suspensión comenzará desde las doce de la noche del día en que ocurrió el hecho que la ha suspendido, y terminará del mismo modo á las doce de la noche del día en que ha desaparecido el obstáculo legal. Por eso no estoy conforme con los que sostienen que: «para el caso de suspensión de la prescripción, no se cuenta el día en que principia esta última, ni el día en que concluye»; porque si no se cuenta el día en que comienza, para dar lugar á que ese día concluya como ha comenzado; es decir, sin suspenderse, por la misma razón debía contarse el día en que termina, pues de otro modo se contaría el tiempo de momento á momento y no por días enteros. Y tampoco estoy conforme con la proposición contraria sostenida, cuando se dice: «que en el caso de suspensión, el día que principia y el día que concluyó entran en el término de la suspensión»; porque el día que principia no se cuenta jamás sino desde las doce de la noche de ese día en adelante, pues de otro modo no se contarían los días enteros, y menos estoy conforme cuando se dice, que no se cuenta el día en que concluye; porque se debe contar hasta las doce de la noche, pues entra en la suspensión.

Si fuéramos á contar el término para la interrupción de la prescripción, resolveríamos de otro modo, con relación al tiempo en que fué interrumpida; así, por ejemplo, una prescripción que debe terminar el 7 de Agosto de 1902, si fuera interrumpida en ese mismo día, no se contaría para la prescripción, porque la interrupción ha tenido lugar en ese día y





sación de la suspensión, sino también el tiempo anterior en que ella se produjo, de modo que no altera el pasado, cuyo tiempo reconoce y consagra, y su acción en el porvenir sólo comprende la causa que la produce, una vez que ha desaparecido, la suspensión cesa, y continúa la prescripción, como si el tiempo de la suspensión jamás hubiera existido; suprime pues el corrido durante la suspensión, por eso es que el tiempo pasado no se une, pues, es el mismo que continúa, suprimiendo el intervalo de la suspensión. Este es el carácter típico de la suspensión que es necesario no olvidar, porque de otro modo se confunden ésta con la interrupción.

no al siguiente; pero tratándose de la suspensión, varía de especie; porque si el menor cumple su mayor edad el 7 de Agosto, se debe contar hasta las doce de la noche de ese día.

Troplong, comentando el art. 2261, Cód. Francés, que dice: «la prescripción se adquiere cuando el último día del término se ha cumplido», y aplicando los principios al caso de saber, desde cuando comienza a contarse la prescripción, excluye con razón el día que los juriconsultos llaman *a quo*, porque no debe inquirirse la hora en que la prescripción ha comenzado, pues el tiempo no se cuenta de momento á momento sino desde las doce de la noche del día en que ha comenzado; así dice: «supongamos que una obligación ha sido consentida el 31 de Marzo de 1804, la prescripción toma su punto de partida desde el 1º de Abril, será adquirida el 31 de Marzo de 1834, á media noche, y el día siguiente, 1º de Abril, no será admisible ninguna interrupción.» Como se ve, la prescripción comienza sin contar el día, y sólo tomando como punto de partida la media noche de ese día para terminar á la media noche del mismo en que comenzó; principio que hemos aplicado en la suspensión. — Comp. sobre este punto á TROPLONG, II, 812. TOULLIER, XIII, 54. DURANTON, XXI, 338, y MARCADÉ, á los arts. 2260 y 2261. — Véanse arts. 3966, 3998 y 4051.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3983. — Hay mucha diferencia entre la suspensión y la interrupción de la prescripción. La suspensión no toca la posesión y sólo hace suspender momentáneamente los efectos de su continuación, mientras que la interrupción borra la posesión que le ha precedido y hace que la prescripción no pueda adquirirse sino en virtud de una nueva posesión. — Vazeille, *Prescrip.*, nº 172.

CAPITULO II

DE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

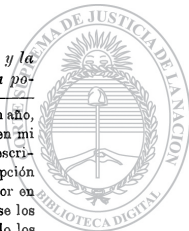
§ 1081.—CARACTERES GENERALES DE LA INTERRUPCIÓN

Se ha confundido entre nosotros los caracteres de la interrupción de la prescripción, y de esta confusión ha nacido la idea errónea de que una vez interrumpida la prescripción por la demanda, dejaba de correr y se encontraba suspendida, cuando el **art. 3998** da una idea clara al decir: *interrumpida la prescrip-*

(**Art. 3998.**) Se presenta la interesante cuestión que hemos tratado extensamente, sobre las diferencias fundamentales que existen entre la interrupción y suspensión de la prescripción, que ha sido estudiada por Mourlon en una de esas réplicas célebres en que se agota, por decirlo así, la materia, contestando á la crítica severa de Marcadé, y que se ha publicado en la Revista crítica de jurisprudencia.

La interrupción tiene el poder de hacer desaparecer ó de borrar el tiempo transcurrido hasta el momento en que se produce el acto que interrumpe la prescripción; queda la posesión anterior como si no hubiera sucedido, según la expresión del mismo artículo; pero ese efecto no continúa produciéndose en adelante, necesita de nuevos actos en que cada uno de ellos interrumpa la prescripción que ha comenzado á correr, para dejarlo sin efecto. Un ejemplo nos dará una idea más clara de este principio que hasta ahora se ha confundido con la suspensión. Supongamos que debo arriendos de una finca rústica que se prescriben por cinco años; á los cuatro años, cuando sólo faltaba uno para prescribir el crédito, hago un reconocimiento expreso de la cantidad debida, los cuatro años han desaparecido; pero la prescripción comienza desde el acto del reconocimiento que la ha interrumpido, y si se cumplen los cinco años desde esa fecha, el crédito se encontrará prescripto. Lo mismo sucederá en la in-





ción, queda como no sucedida la posesión que le ha precedido; y la prescripción no puede adquirirse sino en virtud de una nueva po-

terrupción natural, si he sido privado de la cosa poseída durante un año, y vuelvo á tomarla después, los años que antes la había tenido en mi poder se reputan como si no hubieran existido; pero comienzo á prescribirla desde la nueva posesión á título de dominio. En la interrupción civil que se opera por la demanda sucede la misma cosa; el acreedor en el caso supuesto, que ha demandado al deudor antes de cumplirse los cinco años, ha interrumpido la prescripción; es decir, ha borrado los años transcurridos antes; pero no ha podido ir más allá penetrando en el dominio del porvenir, ni ha paralizado el tiempo como sucede en los casos de suspensión; es necesario que produzca actos sucesivos para detener cada prescripción que necesariamente ha debido comenzar á correr desde el acto que tuvo el poder para interrumpirla; pues si suponemos que la demanda no sólo ha borrado el tiempo transcurrido, sino que ha detenido para el porvenir la prescripción, impidiendo que vuelva á correr, en ese caso le daríamos no sólo un efecto de interrumpir la prescripción, sino también de suspenderla, impidiendo que corra para en adelante, lo que sería verdaderamente excepcional y raro: sería como sostener que el poseedor que hubiera comenzado á prescribir la cosa poseída y fuera desposeído por un año, interrumpiéndole la prescripción, no podría volver á prescribir esa cosa aunque tomase nuevamente la posesión de ella, lo que sería absurdo. El mismo raciocinio podíamos hacer tratándose del reconocimiento de la deuda, porque habiendo interrumpido la prescripción ésta no volvería á correr. ¿Pero de dónde se ha sacado semejante teoría? Indudablemente que del derecho francés, que establece la perención de la instancia para las acciones deducidas en juicio; en esa legislación si han pasado tres años desde la última diligencia, el demandado puede pedir que se declare extinguida la instancia; y una vez obtenida esa declaración, se juzga que la prescripción no ha sido interrumpida; es decir, que el tiempo corrido anteriormente, y que había quedado borrado por la demanda, se considera como si no hubiera sido interrumpido.

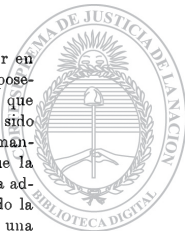
La última parte del artículo confirma plenamente esta teoría demostrada en sus fundamentos por Moulon en su réplica á Marcadé: que la prescripción interrumpida, natural ó civilmente, comienza á correr desde el momento de la interrupción para en adelante, y jamás extiende su acción hacia el porvenir, que no tiene el poder de detener; eso es lo que importa decir, que cuando la prescripción se interrumpe por un acto de desposesión, sólo puede volver á correr en virtud de una



sesión; es decir, que según la primera parte, el tiempo transcurrido antes de la interrupción queda borrado por el acto de la demanda ó de la toma de posesión por el propietario, ó por otro que haya tomado la cosa que se venía prescribiendo, y es á esta segunda hipótesis que se deben aplicar las palabras de la segunda posesión, y lo mismo debe suceder en la interrupción civil, el acto del reconocimiento, por ejemplo, que interrumpe la prescripción, no priva al deudor de comenzar á prescribir la acreencia desde ese momento para en adelante, porque la interrupción únicamente ha borrado el tiempo pasado, y no hay razón para no aplicar el mismo principio á la demanda, como al compromiso de la cuestión en árbitros, que son interrupciones civiles.

La primera parte del artículo determina el único efecto producido por la interrupción, cuando dice: «queda como no sucedida la posesión que le ha precedido»; es decir, la interrupción tiene el poder de borrar esa posesión, y por eso el art. 3987 dice que la interrupción producida por la demanda se tendrá por no sucedida, cuando el demandante desiste de ella ó el demandado ha sido absuelto. Si la interrupción tuviera el poder de detener la prescripción impidiendo que corra en adelante, sería darle una extensión que el legislador ha atribuido única y exclusivamente á la suspensión; aun más, se concedería un beneficio que sólo se acuerda á una clase de individuos que se encuentran en la imposibilidad de ejecutar acto alguno para interrumpirlas, ó en los casos en que no habiendo aparecido el derecho, han estado imposibilitados de reclamarlo, como sucede en las obligaciones condicionales ó en la evicción, en que se puede decir que el derecho no ha nacido, mientras la condición no se ha cumplido, ó mientras la evicción no ha tenido lugar.

Para concluir diremos: que la interrupción de la prescripción mira únicamente hacia el pasado, es su campo de acción, lo inutiliza y deja sin efecto; pero su poder no se extiende más allá; mientras la suspensión mira hacia el porvenir, sin influir sobre el tiempo transcurrido que deja intacto; detiene solamente el que debe correr desde el hecho producido para en adelante, y esa detención se opera mientras dure la causa que la produjo; por ejemplo, si la prescripción ha comenzado contra un mayor de edad, que al fallecer deja por heredero á un menor, la prescripción se suspende hasta que el menor llegue á la mayor edad; pero esa suspensión no toca al tiempo transcurrido que queda intacto, y vuelve á continuar, como si no hubiera intervalo, pues el tiempo de la menor edad se puede decir que no ha existido, y por consiguiente no se cuenta.—Véanse arts. 2354, 2481 y sus notas, y art. 3983.



da parte del artículo, de que la cosa sólo se puede adquirir en virtud de una nueva posesión, pues no se necesita de esta posesión, cuando la interrupción ha provenido de una demanda que no quita la posesión; pero si el que venía prescribiendo ha sido privado de la cosa, ó si ha reconocido la propiedad en el demandante, en esos casos necesita una nueva posesión para que la prescripción continúe desde el nuevo título ó desde la nueva adquisición. Así pues, cuando el demandante ha interrumpido la prescripción por la demanda, el demandado no necesita una nueva posesión para prescribir, porque la continúa, desde la última diligencia de la demanda.

La interrupción tiene, pues, de característico que obra sobre el tiempo pasado y lo anonada, pero que renaciendo como el fénix de la fábula, vuelve á comenzar desde la última diligencia de interrupción, no detiene el tiempo como la suspensión, impiéndole correr.

§ 1082.—MODOS DE INTERRUPIR LA PRESCRIPCIÓN

La interrupción de la prescripción puede tener lugar en dos modos: 1º, contra la voluntad del poseedor; 2º, por la voluntad del mismo. El primer modo se puede aun dividir en dos: la interrupción que proviene del hecho material de la desposesión, y la que viene de la demanda ante la justicia; en cuanto á la que proviene del hecho material de la desposesión tenemos el **art. 3984**, que dice: *la prescripción se interrumpe cuando se*

(**Art. 3984.**) Hemos señalado la diferencia fundamental que existe entre la suspensión y la interrupción de la prescripción, y conviene para la claridad de la exposición que sintetizamos estos principios. La suspensión no tiene efecto sobre el pasado, que lo deja intacto, si nos es permitido expresarnos en esta forma; mira al porvenir; en una palabra, tiene por objeto detenerla momentáneamente, hasta que la causa desaparezca. La interrupción, por el contrario, toda su fuerza se concentra para borrar el tiempo transcurrido; su objeto único y su campo de acción es el pasado, que hace desaparecer como si jamás hubiera existido; una prescripción interrumpida deja de ser prescripción, porque no hay posesión anterior, si la prescripción no se hubiera cumplido, y vuelve



priva al poseedor durante un año, del goce de la cosa por el antiguo propietario, ó por un tercero, aunque la nueva posesión sea ilegítima, injusta ó violenta, y en este caso para que la prescrip-

á renacer desde la interrupción. Ahora bien; como consecuencia de estos principios, el Código Civil establece, que para interrumpir una prescripción comenzada, dejando sin valor el tiempo transcurrido, es necesario que el poseedor actual haya sido privado de la posesión durante un año, sea por el verdadero propietario ó por un tercero; pero en ambos casos deben tener por objeto no sólo desposeer al actual tenedor de la cosa, sino poseerla con ánimo de dominio, porque si reconocen la propiedad de éste, no habría verdadera desposesión. Esta interrupción de la prescripción no es la única forma en que puede borrarse el tiempo transcurrido; pero es la más tangible y real, porque un poseedor que se deja desposeer sin reclamar la cosa durante un año, consiente expresamente en perder el tiempo transcurrido, ó más bien dicho renuncia á él, reconociendo que no tenía derecho.

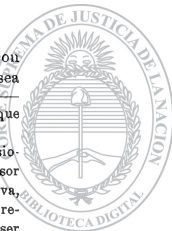
La demanda judicial de la cosa poseída, es uno de los medios ordinarios para interrumpir civilmente la prescripción. Así, la prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, ya sea contra la voluntad del poseedor, ó por la voluntad del mismo.

La interrupción en contra de la voluntad del poseedor se opera: 1º, por la posesión obtenida de cualquier modo contra el poseedor, durante un año; 2º, por la demanda contra el poseedor. Se interrumpe voluntariamente: 1º, por sujetar la cuestión de posesión ó propiedad á juicio de árbitros; 2º, por el reconocimiento expreso ó tácito del poseedor en favor del que reclama la cosa.

De estos principios se deduce que no hay interrupción en los casos siguientes: 1º, si el poseedor no ha sido privado de la posesión durante un año; 2º, que aun interrumpida la posesión por más de un año, si esa misma posesión ha sido interrumpida antes de concluir el año, ó por el reconocimiento del derecho del demandante; 3º, si interrumpida por la demanda, el demandante ha desistido de ella, ó si ha desertado de la instancia ó ha sido vencido en el juicio.

Pero se trata de averiguar, si el poseedor expulsado de la posesión ha dejado correr un año, y habiendo deducido el juicio petitorio obtiene su reintegración por una sentencia definitiva, ¿puede el detentador despojado aprovechar de la posesión que tenía el vencido? Esta controversia viene desde el derecho romano y todavía no se ha podido decidir, uniformando las opiniones.

El Dr. Velez-Sarsfield teniéndola presente, pues todos los autores



ción vuelva á continuar, es necesario de una nueva posesión con los caracteres que se necesita para prescribir; es decir, que posea

la discuten, ha preferido guardar silencio, y tenemos á nuestra vez que estudiarla á la faz del derecho moderno.

Los sostenedores de la opinión que rechazan la unión de las posesiones, dicen: el vencedor en el juicio de reivindicación no es el sucesor del vencido; porque la sentencia es sólo declarativa y no translativa, pues no quita ni da derechos, y la interrupción de la posesión que resulta de la usurpación, continuándose por más de un año, no puede ser borrada por la sentencia dada en el juicio petitorio; que no se concibe que este juicio pueda oponerse á terceros que no han intervenido en él. Apoyan esta opinión: MERLIN, Rep. V.^o *Prescripción*, Sec. I, § 5, art. 3, n.^o 8. AUBRY y RAU, § 181, nota 8. LAURENT, XXXII, 365, y CASTELNAU, *Rev. Crit.*, 1872, pág. 648.

Los que sostienen la unión de las posesiones alegan, á su vez, que no hay inconveniente en que el vencido sea causa-habiente en cuanto á la posesión, sin serlo respecto de la propiedad, porque se puede haber sucedido jurídicamente en la posesión de otro, sin sucederlo en cuanto á la propiedad. Es cierto (dice Colmet de Santerre, VIII, 341 bis, III y IV que el reivindicante no sucede en la propiedad del demandado, que no es causa-habiente en cuanto á ese derecho; pero el art. 2235 no exige que sea causa-habiente en cuanto á la propiedad; él dice en términos vagos que se puede completar la posesión por la de su autor; aproximando estas dos expresiones, permite suponer que el Código ha pensado en el autor de la posesión, cuando agrega: «de cualquier manera que le haya sucedido», empleando una expresión que puede interpretarse en este sentido: suceder en la posesión. Suceder á una persona como causa-habiente, no es solamente reemplazarla, es haber tenido con esa persona una cierta relación jurídica con respecto al objeto al que se sucede. Así, pues, en la hipótesis que examinamos esta relación jurídica ha existido; el demandado por reivindicación, no ha abandonado por su voluntad la posesión que entonces el otro habría tomado, ha entregado esa posesión en virtud de una sentencia; existe, pues, entre el antiguo poseedor y el nuevo una causa jurídica que hace del nuevo el causa-habiente del antiguo.» Hemos copiado todo el párrafo para que se aprecien los fundamentos de esta opinión, que parece hace camino en la jurisprudencia francesa y la apoyan: COLMET DE SANTERRE, l. c. MARCADE, al art. 2235, n.^o 3. BELINE, núms. 202 y 203. TROPLONG, I, 448. VAZELLE, I, 176 y 177, y BAUDRY-LACANTINERIE y TISSOT, *Prescripción*, n.^o 362.

la cosa como propia y con ánimo de dominio; á esta clase de interrupción se refiere la última parte del art. 3998, de que nos ocupamos al hablar de los efectos de la interrupción.

Finalmente Troplong (I, 451), apoya la teoría de la unión de las posesiones, solamente cuando el poseedor intermediario ha sido condenado á restituir los frutos: si los frutos quedan en posesión del vencido, él opina que el art. 2243, lleva consigo la interrupción de la prescripción; «la sentencia pronunciada sobre la cuestión de la propiedad (dice) en provecho del propietario, consagra la legitimidad de la posesión intermediaria que ha venido á romper en dos la posesión del propietario. Hablar, en este caso, de accesión de posesiones sería proponer una ficción y el art. 2243, debe conservar su autoridad».

¿Cuál de estas teorías es más conforme con los principios consagrados por nuestro Código Civil? Antes de responder, debemos estudiar, aunque sea de paso, los orígenes de esta cuestión, que nos viene desde tan lejanos tiempos. La ley 13, § 9, tit. 2. lib. 41, Dig. dice: *si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit*. Cuyas, fundado en la autoridad de las Basílicas, precedía esta parte con las últimas palabras del § anterior, *prædione possidenti* que no se encuentran en las ediciones del Digesto, sino como pertenecientes al § anterior. Pothier, en sus Pandectas siguió á Cuyas, lo que hace decir con razón á Troplong, que si esto fuera exacto justificaría plenamente la segunda opinión. Por mi parte agregaré, que, en el Digesto de Enrique Hulot, del que me sirvo, Ed. 1805, de Metz, se encuentran las palabras *prædione possidentis* como pertenecientes al § anterior. Voët ha interpretado este pasaje de este modo: «cuando Ulpiano ha dicho, que la restitución efectuada por la sentencia opera una accesión de posesión, alude al caso en que el detentador, habiendo sido desposeído de la cosa en virtud de una sentencia que ordena secuestrarla durante el proceso, es reinvestido de esta posesión una vez que el pleito se ha terminado». En ese caso la posesión del tiempo intermedio durante el que el inmueble ha estado secuestrado aprovecha para la prescripción á aquél que la recobra; inteligencia que no acepta Troplong, pues dice: sería separarse de los principios el aplicarla al caso en que haya existido interrupción natural de la posesión por la ocupación de un tercero que obra por su propia cuenta, razón que no me parece de mucho peso, porque se trata de resolver el caso de la posesión del usurpador durante el juicio.

En mi opinión la interpretación de Voët, satisface plenamente á los principios consagrados por nuestro Código Civil; porque el art. 2433, Cód. Francés, sobre la posesión, hace responsable al demandado por los





Ha quedado en pié y sin resolver la tan debatida cuestión, sobre si la posesión del tercero que ha sido vencido en el petito-

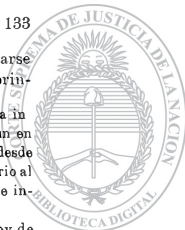
frutos percibidos durante el pleito una vez que ha sido condenado á la restitución de la cosa, no en virtud de la mala fe de su posesión, sino por el cuasi contrato que la demanda viene á crear. Así, cuando el desposeído por el usurpador ha perdido su acción posesoria por haber dejado transcurrir el año, y deduce la acción petitoria reclamando la propiedad de la cosa, si la sentencia le reconoce su derecho, y le manda restituir la cosa, el tiempo transcurrido durante el pleito se considera como si él hubiera estado en posesión desde que en este carácter percibe los frutos. ¿Por qué perdería la posesión cuando el legislador lo considera poseedor? En este caso el vínculo de unión entre el usurpador y el despojado sería el cuasi contrato que crea la demanda. Pero si aceptamos la opinión de que el demandante puede unir la posesión que ha tenido el demandado durante el juicio, ¿qué diríamos sobre la que tenía antes y que fué reconocida por el mismo reclamante, por cuya razón no pudo deducir el juicio posesorio? Ese tiempo se interpone naturalmente entre la posesión que tenía el reivindicante cuando fué desposeído, y la que vuelve á adquirir por la sentencia; pero si tenemos en cuenta que ha vencido en el juicio sobre la propiedad, y que esa interrupción sólo podía aprovechar al vencido, y no á los terceros que no han intervenido en el juicio, tendremos que en último resultado el vencedor no habría sido interrumpido en la posesión. Marcadé, con esa vivacidad que le caracteriza, dice combatiendo la teoría de Troplong: «toda vez que la desposesión ha durado más de un año, la interrupción se ha cumplido material y definitivamente y nada puede hacerla desaparecer». ¿Pero de qué interrupción hablamos? ¿De la que aprovecharía el usurpador? ¿Y para qué puede servirle si ha sido vencido en el petitorio, condenándolo á la restitución? El caso es el siguiente: he comenzado ha poseer una casa que he comprado á B, que se decía dueño, viene A, y me despoja de ella dejando por mi parte vencer el año dentro del que pude deducir la acción posesoria; pero entablo la petitoria y lo venzo obteniendo la restitución. Ocurre después C, verdadero propietario de la casa reivindicándola, y quiero deducir la prescripción, ¿puedo alegar la posesión que he tenido desde la compra, sin contar la interrupción que me hizo A? El artículo que estudiamos, siguiendo al 2243, Cód. Francés, dice que no, pues es indiferente que sea el verdadero propietario quien haya interrumpido la prescripción, basta con que sea un tercero; pero esto no parece justo, porque la interrupción de ese tercero que no tenía vínculo alguno con el verdadero propietario no ha podido servirle como repre-

rio, puede unirse á la del vencedor, y si éste puede aprovecharse de ella. En el comentario la estudiamos á la luz de los prin-

sentante para conservar su derecho. Habría sido preferible que la interrupción se hiciera por el que alega la propiedad de la cosa; y aún en ese supuesto tendríamos que de nada puede servirle esa interrupción desde que ha sido vencido en el juicio sobre la propiedad. En el comentario al art. 3991, se justifica la teoría del Código que á primera vista parece injusta, y sin embargo se funda en los principios del derecho.

Los que sostienen la unión de las posesiones con cuya teoría estoy de acuerdo, y que hace camino en la jurisprudencia francesa, conquistando adherentes, llegan á este resultado, que pintan Baudry Lacantinerie, y Tissier, *Prescription*, n.º 363, cuando dicen: «la única conciliación posible nos parece la enseñada por Marcadé y Colmet de Santerre; la interrupción será definitiva cuando la desposesión hubiera durado más de un año; pero no impedirá al reivindicante el contar para el porvenir la posesión de aquél á quien ha vencido; su posesión comenzará por consiguiente en el primer día de la posesión, de aquél á quien ha vencido, y su antigua posesión no se contará».

Pero es el caso de preguntarse: ¿Acaso esta interpretación no es contraria al texto expreso de la ley, que dice: la prescripción se interrumpe cuando se priva al poseedor durante un año del goce de la cosa? En efecto, si se ha interrumpido, ¿cómo puede contarse el tiempo en que la posesión se perdió? Esto se puede explicar diciendo: la interrupción ha tenido lugar con relación al tiempo que el poseedor tenía la cosa en su poder; pero no se trata de ese tiempo, sino del año y más que el usurpador la poseyó, tiempo que se quiere unir á la posesión del reivindicante; así, la posesión que éste tenía anterior á la interrupción queda perdida; pero la que tenía su usurpador puede ser unida por el vencedor. Colmet de Santerre, trae este ejemplo que aclara la cuestión: «Pedro posee desde hace tres años, el 1.º de Enero de 1860, es privado de la posesión por el hecho de Pablo, que se apodera de la cosa; en 1870, él la reivindica y obliga á Pablo á entregarle la posesión. El podrá más tarde, si es demandado por Juan, verdadero propietario de la cosa, hacer correr la prescripción desde el 1.º de Enero de 1860, porque contará en su provecho la posesión del tercero á quien ha vencido; pero no podrá comenzar á contar desde el 1.º de Enero de 1857, porque la que él ha tenido durante tres años ha perdido sus efectos á consecuencia de la interrupción que se ha producido por la posesión de Pablo, durante más de un año». Pero más natural habría sido el no dar curso á la interrupción, porque si no se cuenta el tiempo que el usurpador ha tenido la cosa en





cipios del derecho moderno y nos decidimos por la afirmativa.

Pero el principio de la interrupción material tiene una excep-

su poder, y se reputa que el vencedor continuó en esa posesión, y se le permite unir ese tiempo al que ha continuado en posesión desde que se le devolvió la cosa, quiere decir entonces, que no sufrió una verdadera interrupción.

Por mi parte, si el artículo se reformase, propondría se le agregara al final, «pero no habrá interrupción cuando el desposeído fuera restituido en el goce de la cosa»; porque si ha sido vencedor en el juicio declarándolo dueño de la cosa, la posesión del usurpador no debe causarle perjuicio, y del mismo modo, cuando éste se la entregase voluntariamente. Apoyan la teoría de la unión de las posesiones entre los antiguos, CUYACIO, POTHIER, D'ARGENTRÉE y DUNOD, y entre los modernos, VAZEILLE, 176 y 177. COLMET DE SANTERRE, VIII, 341, *bis* IV. BÉLIME, 202 y 203. MARCADÉ, al art. 2235. TROPLONG, I, 448. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, 358 á 362.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 2243. — Véanse arts. 2455, 2477, 2493, 3900 y 4038.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3984.—Véase L. 6, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec.—L. 2^a, Tit. 2^a, Part. 3^a.—Cód. Francés, art. 2243, y sobre él, Troplong.—De Luisiana, art. 3483. — L. 5, Dig., *De usurp.* — Pothier, *Prescrip.*, n° 40. — Vazeille, *Prescrip.*, n° 173.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3984.—Los actos de interrupción de la prescripción, deben ser directos contra el poseedor: las reclamaciones á un tercero, por el pago del precio ó devolución de los terrenos, no puede interrumpir aquélla. — XXVII, 338.

No se interrumpe la prescripción por actos que no son directos contra el deudor. — XXX, 618.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3984.—La prueba de haberse interrumpido, corresponde al que invoca la interrupción.—Jur. Civ., IV, 193, Ser. 1^a.

Al que alega que fué interrumpida la prescripción, corresponde justificar cuándo y en qué condiciones.—Jur. Civ., VIII, 249, Ser. 1^a.

No se interrumpe la prescripción en virtud de leyes generales dictadas por las legislaturas de provincia, cuando los bienes en su origen pertenecieron á la Nación. — Jur. Civ., III, 312, Ser. 2^a.

La prescripción no se interrumpe por actos legislativos.—Jur. Civ., III, 312, Ser. 2^a.

Se interrumpe la prescripción por la petición de que sean regulados los honorarios. — Jur. Civ., I, 85, Ser. 1^a.

La protesta que no ha sido notificada personalmente, no interrumpe la prescripción. — Jur. Civ., IV, 44, Ser. 4^a.

ción y la formula nuestro **art. 3985**, al decir: *aunque la posesión de un nuevo ocupante hubiese durado más de un año, si ella*

(**Art. 3985.**) Dijimos al hablar de las acciones posesorias, que la posesión para conferir derechos y ser digna de la protección de las leyes, era necesario tenerla por un tiempo más ó menos largo, para que el legislador pudiera suponer, con razón, que se fundaba en algún derecho, ó que por lo menos merecía ser respetada. La ley señaló un año para garantir lo que se llama el derecho de *posesión* que se ha confundido con el *derecho de poseer*; cuando el primero se funda en un hecho que la ley protege como un simple hecho, á fin de que no se turbe el orden público; mientras el otro nace de un derecho que le confiere la acción correspondiente para reclamar la posesión de la cosa.

La posesión que tiene derecho á ser protegida y que interrumpe la prescripción es la que dura un año, como se dijo en el artículo anterior; pero si antes de vencerse el año ha sido interrumpida á su vez por una demanda, no produce el efecto de interrumpir la posesión del primer poseedor, de modo que si éste vence en el juicio al que le tomó la posesión, no habria perdido el tiempo que antes hubiera poseído. Así, por ejemplo, A, estaba en posesión de una casa durante 29 años y B, le quita esa posesión tomándola para sí, á los diez meses después A, demanda á B, y lo vence en el juicio posesorio haciéndose entregar la casa, la posesión de 29 años que tenía no ha sido interrumpida y la ley considera que ha continuado poseyendo la casa como si el acontecimiento no hubiera tenido lugar; pero con tal respeto ha querido rodear el acto de la posesión cuando ésta ha alcanzado un año sin ser interrumpida, que el legislador le da el poder de anonadar y hacer perder por la interrupción el tiempo transcurrido. Así, en el ejemplo propuesto, si A, desposeído por B, ha dejado vencer el año para interrumpir esa posesión, aunque venza en el petitorio después, los 29 años de su posesión quedan perdidos; pero hemos sostenido en el artículo anterior que puede unir su posesión con la del despojante ó usurpador, y reputamos una inconsecuencia y un error, como lo dijimos en el comentario á dicho artículo, el hacer perder la posesión anterior al acto del despojo. La dificultad viene del derecho romano, tan fecundo en ficciones ingeniosas, necesarias en una legislación esencialmente formulista; pero no se explica en los tiempos modernos, en que se han abandonado las ficciones para fundar la ley en la vida real. Los romanos decían, el que ha sido privado por la fuerza de la posesión de una cosa, se reputa que la posee aun, mientras dura el tiempo en que podía reclamarla por alguno de los interdictos. Y nuestro derecho ha seguido esa misma ficción. Tan difícil

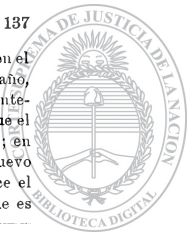




misma ha sido interrumpida por una demanda, antes de espirar el año, ó por el reconocimiento del derecho del demandante, la nueva

es libertarse, aun en la legislación, de las falsas ideas que vienen incorporadas á nuestro modo de ser social! Y así ha pasado á la legislación francesa, de donde la hemos tomado. Es interesante conocer las palabras de Bigot de Preameneu orador del Gobierno ante el cuerpo legislativo: «hay interrupción natural (dice) cuando el hecho mismo de la posesión es interrumpido. Si, cuando se trata de un fundo, esta interrupción no se ha prolongado un cierto tiempo, se presume que es un simple error de parte del que se apoderó de él. Se presume también, que el que estaba en posesión ha vuelto á tomarla, ó ha reclamado inmediatamente que ha tenido conocimiento de la ocupación, y que no la ha consentido. Se ha considerado que, si la ocupación momentánea de un fundo bastase para privar de los efectos de la posesión, sería una causa de desorden; que todo poseedor estaría expuesto á cada momento á tener un proceso para justificar su derecho de propiedad. . . . La regla de la posesión anual respecto de inmuebles ha regido siempre en Francia; es más propia para mantener el orden público. Es durante el transcurso de un año, que los frutos se han recogido; es durante ese tiempo que una posesión pública y continua ha tomado un carácter que impide confundirla con una simple ocupación. Así, nadie puede ser despojado del título de poseedor sino por la posesión de otra persona durante un año, y por la misma razón la posesión que no ha sido de un año no ha podido interrumpir la prescripción». Así, pues, según esta teoría, una vez perdida la acción posesoria por no haberla deducido dentro del año, la posesión se ha interrumpido, quedando inutilizado y sin valor el tiempo que el poseedor despojado hubiera poseído antes del despojo, aunque usando la acción petitoria se hiciera restituir la cosa y pudiera unir la posesión del vencido á la que el vencedor tenga después. Conclusión que va contra la realidad de las cosas dando mayor valor á una ficción; porque si el tiempo que ha poseído el usurpador, no perjudica al vencedor en la reivindicación, que es el anterior poseedor despojado; si ese tiempo lo puede contar para alegar la prescripción al nuevo reivindicante; lo natural habría sido conservarle el tiempo anterior que tenía de posesión. Es necesario reaccionar vivamente contra estas ficciones del derecho antiguo, que no deben prevalecer en perjuicio de la realidad.

Cuando el que ha tomado la posesión de otro, devuelve la cosa antes del año, ó reconoce el derecho del poseedor continuando en ella á nombre del despojado, tampoco habrá interrupción de la prescripción; pero el artículo exige que esto tenga lugar antes de espirar el año. ¿Por qué



posesión no causa la interrupción de la prescripción; porque en el primer caso no se ha operado desde que no se ha cumplido el año, que es el tiempo necesario para que haya una verdadera interrupción material; pero el artículo supone la hipótesis en que el nuevo ocupante hubiera sido vencido en la acción posesoria; en el segundo, no hay en realidad interrupción, desde que el nuevo poseedor continúa la posesión del antiguo, pues le reconoce el derecho que se atribuye en la demanda; no posee para sí, que es

semejante restricción? ¿Acaso el reconocimiento del derecho no es bastante para restituir al despojado en el pleno goce de los derechos que antes tenía? Supóngase que A, posee una casa durante 20 años; que al ausentarse la deja cerrada; que vuelve á los tres años y se encuentra con que hace dos años que la posee B, y que éste reconoce el derecho de A, y se la entrega ó continúa poseyéndola en su representación y para él. ¿Por qué perdería los 20 años de su posesión anterior? Por eso creo que interpretando el artículo en el sentido estricto para no convertirlo en una regla injusta y arbitraria debemos entenderlo de este modo: no hay interrupción de la posesión, cuando antes del año esa misma posesión ha sido interrumpida; que tampoco existe interrupción, cuando el despojante, en cualquier tiempo, reconociese el derecho del despojado y le entregase la cosa ó continuase poseyéndola á nombre y para el despojado; que igualmente no habrá interrupción, cuando demandado después del año reconociese el derecho del demandante y entregase la cosa.

Para que haya interrupción de la posesión que no ha alcanzado á ser anual, no es necesario que la demanda se deduzca sobre la posesión, basta que se pida la cosa, para encontrarse en las condiciones que el artículo exige; así, la demanda en el juicio posesorio ó en el petitorio antes del año producirá el efecto de que no haya interrupción, si el despojado ha sido vencedor en el juicio; pero si lo pierde, la prescripción queda naturalmente interrumpida. Una vez ocurrida la interrupción de la prescripción por haber sido vencido el despojado, no puede unir la posesión que antes tenía con la del vencedor, aunque éste por contrato ó voluntariamente le entregase la cosa. En este caso no sólo se pierde la posesión anterior al despojo, sino también el tiempo que el vencedor despojante tuvo la cosa en su poder.—Comp. MARCADE, al art. 2243.—Véanse arts. 3984 y 3989.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3985. — Vazeille, *Prescrip.*, n° 175.—Troplong, *Prescrip.*, n° 544.

una de las condiciones para que la prescripción produzca su efecto.

En la interrupción que se produce contra la voluntad del acreedor, dijimos, que la demanda era uno de estos medios, así dice el **art. 3986**: *la prescripción se interrumpe por demanda*

(**Art. 3986.**) Dijimos que la prescripción se interrumpía por la desposesión de un año; es decir, por un hecho producido contra la voluntad del poseedor mismo, ejercido sobre la cosa poseída; el artículo que estudiamos comprende igualmente un hecho extraño, pero que no ha tocado materialmente la cosa poseída, pues el poseedor continúa con ella. Se pueden dividir, pues, en dos categorías los hechos que interrumpen la prescripción: 1ª, hechos que se producen contra la voluntad del poseedor que está prescribiendo la cosa; desposesión por más de un año; demanda judicial; 2ª, hechos que se producen por el poseedor: sujetar la cuestión á árbitros; reconocimiento expreso ó tácito del derecho de aquel contra quien prescribía.

La demanda contra el poseedor debe ser interpuesta ante un juez, aunque sea incompetente, dice el artículo, mientras su modelo, art. 2244, Cód. Francés, dice: una citación ante la justicia. En el derecho romano no se interrumpía la usucapión, desde que el poseedor no había sido privado de la posesión, lo que era más conforme con la justicia y la naturaleza de las cosas, porque podía prescribir contra cualquier otro, y si resultaba vencedor se tenía como si la demanda no se hubiera producido; en cambio si era vencido, debía restituir la cosa como si la hubiera dejado de poseer desde la demanda; mientras por nuestra legislación la prescripción queda interrumpida, aunque se reconoce que la interrupción no ha tenido lugar sino en beneficio del que la ha entablado ó de sus herederos, y que no hay interrupción cuando el poseedor ha sido absuelto.

El artículo sólo exige la demanda ante juez, excluyendo naturalmente la presentada ante cualquier otra autoridad; lo que no me parece justo, tratándose de autoridades públicas; por ejemplo, debía considerarse como una interrupción la demanda deducida ante el Poder Ejecutivo Nacional ó Provincial sobre bienes que éstos poseyeran, ó cuando se tratase de bienes poseídos por la Municipalidad, debió reputarse interrumpida la prescripción por la solicitud presentada ante esos poderes, pues consta de un modo auténtico que el dueño de la cosa ha salido de su estado de inacción, reclamándola. Lo que no se debió permitir era la reclamación extrajudicial á los particulares; pero cuando se trata de poderes públicos,

contra el poseedor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente, y aunque sea nula por defecto de forma, ó porque el demandante no

la demanda ante ellos debía ser suficiente. El artículo debe corregirse en este sentido.

Una vez intentada la demanda, aunque no se haya notificado al demandado, ó aun en el caso en que la notificación se hiciera cuando se hubiera vencido la prescripción, ésta se habría interrumpido. Pero tampoco es necesario que sea una demanda expresa; porque puede tener lugar por una contrademanda; así, por ejemplo, si demandada una persona por un crédito en dinero, el demandado opone la compensación ó la reconvencción alegando un crédito que el demandante venía prescribiendo en su contra, bastará esta circunstancia para que la interrupción tenga lugar. ¿Qué diferencia hay, en efecto, dice Troplong, entre una demanda formada ante la justicia por citación, cuando las partes no han abierto la contienda judicial, y una demanda formada incidentalmente ó por reconvencción cuando las partes están en presencia del juez? La expresión de nuestro artículo, *citación ante la justicia*, debe, pues, entenderse de una manera extensa; hubiera sido más exacto decir: *una demanda ante la justicia*. Pues bien, el Dr. Velez-Sarsfield ha tomado la expresión que exigía el autor, y ha dicho, la prescripción se interrumpe por la *demandada ante un juez*; aunque sea incompetente, y como la reconvencción es una nueva demanda, quiere decir que interrumpe la prescripción. ¿Por qué esperar á que sea notificado? El legislador ha exigido un acto auténtico, una expresión de voluntad para conservar el derecho, y la demanda basta.

No es necesario una demanda ordinaria para interrumpir la prescripción, porque si el acreedor ha obtenido un embargo preventivo, con arreglo á la ley de procedimientos, abonando con dos testigos la firma del documento, como sucede en la Capital Federal, sin entablar demanda ejecutiva, bastará para interrumpir la prescripción, ó si ha pedido el reconocimiento del documento para preparar la vía ejecutiva, se considera interrumpida la prescripción. El Cód. Francés, dice: «una citación ante la justicia, una orden de embargo..... interrumpe la prescripción», y si bien nuestro artículo no contiene esa expresión, no debemos tomar á la letra la palabra *demandada*, y un embargo ante la justicia debe considerarse comprendido, desde que el legislador ha buscado la acción en justicia, aunque sea mal deducida por su forma ó producida ante juez incompetente; ha exigido únicamente que el reclamante se produzca ante la justicia demostrando de un modo auténtico la voluntad de no dejar perder su derecho.



haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio, y en este caso no necesita el demandado de una nueva posesión para co-

La notificación de la cesión, ¿interrumpirá la prescripción? Esta cuestión ha sido debatida en la jurisprudencia francesa, sosteniendo Merlin, apoyándose en la decisión de varias Cortes francesas, que según el Código no había interrupción, mientras Vazeille, Troplong y Dalloz se deciden por la afirmativa. Nuestro Código dice en el art. 1467, la notificación y aceptación del traspaso del crédito, causa embargo en favor del cesionario, y con relación á tercero sólo es eficaz cuando ha sido notificada por acto público; luego, pues, cuando la notificación se ha hecho judicialmente ha interrumpido la prescripción, porque el crédito se considera embargado, y como hemos sostenido que el embargo judicial interrumpe la prescripción, resultará que por nuestro derecho, la cuestión se resuelve por la afirmativa, admitiendo la interrupción.

La simple notificación hecha al deudor, aunque fuera ante testigos, no es suficiente para interrumpir la prescripción, impidiendo de ese modo la producción de la prueba testimonial tan insegura é incompleta; pero si se exhibiera una carta del deudor en que pide espera ó reconoce el crédito, sería lo bastante para interrumpirla, porque existiría reconocimiento expreso ó tácito del derecho.

Bastará que la demanda se haya presentado ante un Juez para que surta el efecto de interrumpir la prescripción, aunque sea desechada de oficio por no llenar las condiciones que las leyes exigen, ó sea declarada nula por defecto de forma, pues lo que la ley quiere es que se demuestre por un acto auténtico que el dueño del derecho se ha puesto en acción reclamándolo, que salga de su silencio é inacción. Lo mismo sucederá cuando el reclamante fuera incapaz para presentarse en juicio, como el menor emancipado ó la mujer casada sin licencia de su marido que no pueden hacerlo; pero su demanda surtiría el efecto de interrumpir la prescripción, en los casos en que corriese contra los incapaces.

Para que la interrupción exista, es necesario la demanda ante Juez, así es que la protesta ante escribano público y notificada al poseedor, no puede causar efecto para interrumpirla; pero tampoco es necesario que el demandante siga el juicio hasta su terminación, como lo exigen algunos, porque no hay en el Código disposición que así lo establezca; bastará que deduzca la demanda para que la interrupción se opere, á menos de ocurrir alguno de los casos del art. 3987, en que la interrupción causada por la demanda se tendrá por no sucedida. Así, pues, la iniciación de un juicio sumario para demostrar que la cosa poseída por otro pertenece al que se presenta alegando su propiedad, sin deducir



menzar á prescribir; porque cada interrupción que hace desaparecer el tiempo transcurrido, no obra sobre el porvenir, su efecto

demanda alguna contra el poseedor, no sería bastante para interrumpir la prescripción; ni menos la iniciación de un juicio testamentario en que se comprendiera el bien que otro posee; pues no tiene valor interruptivo sino la gestión judicial, demandando la cosa; pero si fuera una acción preparatoria para deducirla, como el reconocimiento del documento para iniciar el juicio ejecutivo, interrumpiría la prescripción.

Un fallo de la Cámara de Apelaciones de la Capital establece la teoría errónea, en mi opinión, de que la interrupción de la prescripción «dura el tiempo que dura el juicio», principio seguido también por algunos que consideran esa opinión como si fuera incontrovertible. Se ha seguido en el error, generalizado en nuestros Tribunales, de que la interrupción de la prescripción, una vez que ha tenido lugar, prolonga su acción indefinida en el porvenir, confundiendo los efectos de la interrupción con los de la suspensión. Pero nuestros Tribunales han comenzado á reaccionar, y después de treinta años de una interpretación errónea á todas luces, vuelven á la verdadera doctrina. Eso prueba lo que hemos dicho, en el tomo primero de esta obra, al hablar de la autoridad que tienen los fallos de los Tribunales, y de lo que se debe reputar como jurisprudencia. Nadie puede negarles autoridad, por la respetabilidad y competencia de las personas, y por el interés legítimo que ponen en acertar; pero de ese respeto, hay mucha distancia á la infalibilidad, y sería conveniente para los mismos Jueces, el que no se ligasen por las decisiones anteriores, renunciando á su derecho de examen.

La interrupción es la consecuencia lógica del acto que hace perder el tiempo que el individuo venía prescribiendo la cosa; su acción se extiende, pues, sobre el pasado, y el efecto que produce es actual, sin que continúe en el porvenir, como sucede con la suspensión. Así, cuando A, ha poseído una cosa durante 29 años y es demandado por el que se dice dueño, esos 29 años quedan perdidos por la interrupción, si el demandante sale vencedor; si fuera vencido no existiría interrupción, según el art. 3987; pero esa interrupción no *dura* tiempo alguno, como se supone erróneamente, porque su acción no se ejerce sobre el porvenir, únicamente ha destruído la posesión pasada, antes de la interrupción, no ha existido tal posesión, necesita de nuevos actos para continuar, pues como lo dice claramente el art. 3998: «interrumpida la prescripción, queda como no sucedida la posesión que le ha precedido»; pero sus efectos cesan, y desde ese momento comienza una nueva prescripción que será necesario aunadar por una nueva interrupción. Sucede lo contrario con





una vez producido desaparece para volver á dar lugar á una nueva prescripción, que tiene el mismo fundamento que la ante-

la suspensión, que no mira al pasado, sino únicamente al porvenir, porque sólo inutiliza el tiempo de su duración, según la expresión del art. 3983; así, la suspensión no perjudica al pasado que queda intacto, ni tampoco al tiempo posterior á la cesación de la suspensión. Una prescripción que venía operándose y que llevaba 25 años, cuando ha entrado á poseer el derecho un menor que tiene 18 años, hace que la prescripción se detenga durante 4 años hasta que llega á la mayor edad, y continúa corriendo después de los 22 años, sin contar los años de suspensión. Hay, pues, error en decir: «la interrupción dura mientras dura el juicio», porque si éste permanece abandonado durante 20 años, y el demandado tiene título, habría prescripto la cosa aun contra los ausentes. El tiempo se debe contar desde la última diligencia judicial, porque la interrupción no continúa, no marcha, por decirlo así, necesita de actos sucesivos para aniquilar el tiempo corrido. Podría ser cierta la expresión de que dura la interrupción mientras el juicio sigue su curso; porque no se cuenta el tiempo que ha durado en la tramitación; pero es porque cada diligencia ha borrado el tiempo transcurrido, de modo que cuando se concluye, no habría prescripción que contar, desde que ha sido interrumpida sucesivamente. Esta teoría la hemos expuesto en el comentario al art. 3966, al que nos referimos.

El Dr. Velez-Sarsfield, en la nota á este artículo, siguiendo á algunos comentadores franceses, dice, que «basta un acto judicial contra el poseedor para constituirlo de mala fe en su posesión», teoría que he combatido en los arts. 2433 y 2434, porque la demanda sólo crea el cuasi contrato para conservar la cosa demandada en el mismo estado; pero no tiene el poder de atribuir mala fe, pues si el demandado sale vencedor es evidente que no la ha tenido, luego el hecho mismo de demandar la cosa no es bastante para hacerlo poseedor de mala fe.—Comp. TROPLONG, II, 553, 679, 687 y 698.—AUBRY Y RAU, § 215, texto y nota 7.—Véase art. 3988.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3986.—L. 29, Tit. 29, Part. 3^a.—Cód. Francés, art. 2244.—De Luisiana, 3484.—Napolitano, 2150.—Holandés, 2016.—Aunque la demanda sea nula, prueba la diligencia del que la interpone, y constituye al poseedor de mala fe. El artículo del Cód. Francés, 2046, da á la demanda entablada ante juez incompetente, el efecto de interrumpir la prescripción, y el artículo siguiente se lo niega cuando la demanda es nula por defecto de forma. Pero ¿cuál es la diferencia en uno y otro caso? Los comentadores de este Código no han podido explicarla. Enseñan que la mujer casada, que sin licencia de su marido se presentare demandando al poseedor de una

rior; porque la demanda no ha cambiado la causa de la posesión, sólo ha hecho desaparecer el tiempo transcurrido hasta ese mo-

cosa, interrumpía la prescripción. ¿Cuál es entonces el vicio en la forma al cual se niega el mismo efecto? Para nosotros, basta un acto judicial contra el poseedor para constituirlo de mala fe en su posesión. Véase sobre la materia, Vazeille, *Prescrip.*, n.º 188 y 193.

Una interpelación extrajudicial dirigida al poseedor de un inmueble, no cambia el carácter de la posesión y no interrumpe la prescripción. Las denuncias de las pretensiones de la propiedad de una heredad, cuando no se someten á los jueces, se supone que no son serias, y que se carece de los medios de justificarlas. — L. 13, Dig., *Proempt.* — Vazeille, n.º 184. — Troplong, *Prescrip.*, n.º 576 y siguientes. — Pothier, *Prescrip.*, n.º 50.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3986. — La petición de que sean regulados los honorarios interrumpe la prescripción. — Jur. Civ., I, 85, Ser. 1.º

La posesión con justo título y buena fe durante diez años basta para prescribir y sólo puede ser interrumpida por demanda directa contra el poseedor. — Jur. Civ., II, 412, Ser. 1.º

Para que se considere interrumpida la prescripción no basta la iniciación del juicio informativo ó testamentario; la ley requiere demanda contra el poseedor directamente. — Jur. Civ., VIII, 249, Ser. 1.º

Para que se interrumpa la prescripción es indispensable que la demanda sea contra el poseedor y ante Juez competente. — Jur. Civ., IV, 340, Ser. 2.º

Deducida demanda de jactancia, la prescripción se interrumpe aun cuando ella se haya dirigido contra el que pretendía tener originariamente el derecho. — Jur. Civ., VIII, 868, Ser. 4.º

El término para la prescripción corre aún después de iniciada acción judicial, siempre que entre dos diligencias la acción se paralice durante el tiempo que la ley fija. — Jur. Com., X, 116, Ser. 4.º

La presentación de un escrito del fallido pidiendo el levantamiento del auto de quiebra, interrumpe el término que la ley fija para la revocación. — Jur. Com., V, 128, Ser. 4.º

La protesta que no ha sido notificada personalmente, no interrumpe la prescripción. — Jur. Civ., IV, 44, Ser. 4.º

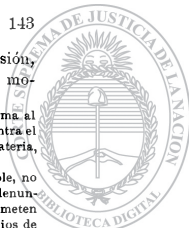
El heredero que recibe como de su causante el bien hereditario, se supone que posee para sí, y los que se consideren con derecho por condominio anterior, deben ejercer sus acciones en tiempo oportuno para interrumpir la prescripción. — Jur. Civ., V, 111, Ser. 4.º

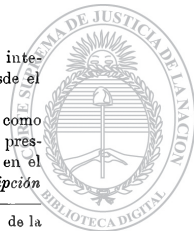
La iniciación de un juicio sin deducir acción determinada, no interrumpe el término que la ley fija para la prescripción. — Jur. Civ., IX, 180, Ser. 4.º

No se interrumpe la prescripción por actos legislativos. — Jur. Civ., III, 312, Ser. 2.º

La prescripción sólo se interrumpe por demanda ó interpelación judicial. — Jur. Civ., III, 812, Ser. 2.º

No se interrumpe la prescripción en virtud de una demanda entablada por la Municipalidad cuando los bienes pertenecen á la Nación; la interrupción que la ley exige, debe ser iniciada por el verdadero propietario. — Jur. Civ., III, 812, Ser. 2.º





mento; de ahí para en adelante necesita de nuevos actos interruptivos que vayan borrando el tiempo transcurrido desde el nuevo acto.

Pero la interrupción que causa la demanda desaparece, como desaparecía la interrupción material de la posesión, y la prescripción continúa como si no hubiera sido interrumpida en el caso del **art. 3987**, que dice: *la interrupción de la prescripción*

(**Art. 3987**.) Independiente de la interrupción proveniente de la desposesión, este artículo, como el anterior, comprende la interrupción que se produce por la demanda aunque sea nula; ahora trataremos de averiguar cuando esa demanda no interrumpe la prescripción.

El primer caso en que la demanda se considera como si no hubiera tenido lugar, es cuando el demandante ha desistido de ella; porque el desistimiento importa un reconocimiento del derecho del demandado, ó lo que es más cierto, el retiro de la reclamación que se tiene por no sucedida. Pero el desistimiento motivado por la incompetencia del juez ante quien se hubiere deducido la demanda, no le quita el carácter interruptivo, porque ya se ha producido, y como ha tenido lugar únicamente con relación al incidente sobre incompetencia, por haber sido presentada ante un juez que no era el que debía conocer en el asunto, no hay razón para suponer que esa renuncia importase un reconocimiento del derecho reclamado. Así lo han juzgado algunas Cortes francesas, y debemos adoptar esa opinión, porque nuestro artículo exige que se de-

La prescripción no se interrumpe por el reconocimiento del deudor al contestar la demanda, ni le inhibe de oponerla como excepción en el mismo escrito. — Jur. Civ., II, 237, Ser. 2^a.

No basta para interrumpir la prescripción de sueldos, la acción pidiendo el reconocimiento de una sociedad. — Jur. Civ., V, 377, Ser. 6^a.

La prescripción corre durante la paralización de la demanda. — Jur. Civ., XVII, 28, Ser. 6^a.

La prescripción se interrumpe por la demanda, y esa interrupción dura mientras sigue el juicio. — Jur. Civ., VII, 193, Ser. 2^a (1).

No se interrumpe la prescripción en virtud de leyes generales dictadas por las legislaturas de provincia, cuando los bienes en su origen pertenecieron á la Nación. — Jur. Civ., III, 312, Ser. 2^a.

La prescripción se interrumpe por gestiones extrajudiciales debidamente probadas. — Jur. Civ., II, 294, Ser. 1^a.

Se interrumpe la prescripción por la demanda, y esa interrupción dura mientras sigue el juicio. — Jur. Civ., VII, 193, Ser. 2^a.

(1) Esta resolución es inexacta, porque la interrupción no es una suspensión. Véase el comentario al art. 3966. — (N. del A.)

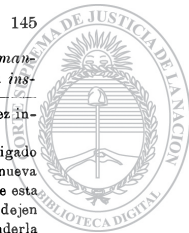
causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, ó si ha tenido lugar la deserción de la ins-

sista de la demanda, y el que renuncia á continuarla ante un juez incompetente, no desiste de ella.

No estoy conforme con los que creen que el demandado está obligado á agitar la prosecución del juicio, «porque no podría alegarse una nueva prescripción», pues como lo hemos sostenido en diversas partes de esta obra, la interrupción no se prolonga sino por actos sucesivos que dejen sin efecto el tiempo corrido, pues nunca produce el efecto de suspenderla eu adelante; así, una vez interrumpida, comienza á correr una nueva prescripción desde el acto de la interrupción, necesitando de otro acto para interrumpir esa nueva prescripción.

Tampoco es exacta la proposición sostenida por algunos que la demanda entablada no interrumpe la prescripción, mientras el juez no la admita; porque eso sería dejar en la mano de los jueces un derecho importante con que el legislador ha investido al que se cree dueño de la cosa; bastará la sola demanda, aunque el juez se declare incompetente para conocer en el asunto, ó la desechare por ser nula por defecto de forma, y así lo establece el art. 3986, que como lo hemos visto sólo exige la presentación demandando la c. sa. Vazeille, n° 204, no dice que sea necesario la admisión de la demanda por el juez (como se afirma) para interrumpir la prescripción, sostiene sí, «que si la demanda es rechazada, no solamente la prescripción no se ha interrumpido, sino que no hay necesidad de prescripción, porque la sentencia sirve de título al poseedor», dando á entender que el rechazo de la demanda á que se refiere es el que proviene de la conclusión del juicio contradictorio que ambos litigantes han seguido, y que da por resultado la absolución del demandado, de que hablamos al final de este artículo.

En cuanto al segundo medio para que la prescripción no se considere interrumpida, y que nuestro artículo expresa con estas palabras: «ó si ha tenido lugar la deserción de la instancia», se necesita restablecerlo en su verdadero sentido, porque habiendo sido tomado de la legislación francesa y del Proyecto de Goyena para España, donde existen la perención de la instancia, no tiene aplicación en la Capital Federal, ni en las Provincias donde no existiera tal perención. Goyena dice: «si el actor desistiere de la demanda ó dejare extinguir la instancia, con arreglo al Código de Procedimientos». Nosotros desconecemos esa manera de extinguir el pleito, y únicamente en la Provincia de Buenos Aires, existe una ley de perención de la instancia, que está en vigor, aunque no se haya incorporado á la ley de procedimientos.





tancia, según las disposiciones del Código de Procedimientos, ó si el demandado es absuelto definitivamente. En el primer caso,

Así, pues, no existiendo entre nosotros la perención de la instancia, que es un recurso concedido al demandado para dejar sin efecto la demanda, cuando el demandante ha dejado paralizar el juicio durante tres años á contar desde la última diligencia, debemos limitarnos á estudiar lo que importa la expresión, *la deserción de la instancia*, de que habla el artículo. Pero antes examinemos la cuestión suponiendo que el pleito ocurriese en la Provincia de Buenos Aires, donde existe la ley de perención de la instancia. Una vez declarada la perención de la instancia; es decir, que ponga al demandante en la necesidad de volver á entablar la demanda y á recomenzar el juicio; se pregunta: ¿se ha interrumpido la prescripción, según la doctrina de nuestro Código? Mi opinión es negativa, porque el juez al declarar la perención de la instancia, á semejanza de lo que sucede en Francia, y en España, es como si no hubiera tenido lugar juicio alguno, no ha existido un acto interruptivo de la prescripción; no ha habido demanda, en una palabra.

En cuanto á la deserción de la instancia, según la ley de Procedimientos de la Capital Federal, sólo existe la deserción del recurso de apelación, en que la sentencia apelada de 1ª instancia adquiere la autoridad de la cosa juzgada, pues el Superior al declarar desierto el recurso por no haber comparecido el apelante á continuarlo, lo da por desistido, y se tiene por consentida la sentencia del inferior. El juicio concluye, pues, contra el reclamante, y es el caso de la última parte del artículo, en que no se interrumpe la prescripción, cuando el poseedor demandado ha sido absuelto de la demanda. Esta conclusión, que es ajustada á los principios establecidos por el mismo Código, nos hace pensar que la expresión de *la deserción de la instancia*, se debe aplicar á la *perención*, en las Provincias que tuvieran incorporada á sus leyes de Procedimientos este medio de dar por concluidos los juicios. Así, pues, en la Provincia de Buenos Aires, declarada la perención de la instancia, aplicando la disposición del artículo que estudiamos, se tendría que la prescripción no se habría interrumpido por el juicio.

Respecto del tercer caso en que la prescripción no se considera interrumpida por la demanda, que es cuando el demandado ha sido absuelto definitivamente, no puede ser más justo; porque si el demandante ha sido vencido, si su pretensión fué desestimada, es como si no hubiera existido interrupción, pues la sentencia declara que no ha tenido derecho para demandar la cosa. ¿Cómo habría podido entonces interrumpir una posesión que se declara tenida con perfecto derecho? Eso sería poner en

cuando el demandante desiste de la demanda, como no existe pleito, habiendo desaparecido ésta, sea el resultado de su propio

la mano de cualquier extraño el derecho de interrumpir la posesión, por su propia voluntad, sin que la autoridad tuviera medios para garantizar al poseedor. No! Interrupciones de esa especie por demandas de individuos que no tienen derecho alguno, no son ni pueden ser tales, ante la decisión definitiva; por eso es que la sentencia que no haga lugar á la demanda, que absuelva al demandado debe ser definitiva; así, cualquier incidente por el que no se hiciera lugar á ella, sea por incompetencia del juez, por incapacidad del demandante, ó en fin, por falta de las formalidades requeridas por las leyes de procedimientos, ó por insuficiencia del poder, no se debe considerar como decisiva sobre el fondo del asunto.

Pero si suponemos el caso, por demás raro, que un propietario desposeído por otro, deduzca el interdicto posesorio, y por diversos incidentes de este juicio, que debe ser breve y sumario, es resuelto á los doce años, perdiendo el pleito sobre la posesión; que entabla en seguida demanda sobre la propiedad, y se le alega la prescripción con título, ¿habrá perdido la propiedad? ¿Ó la prescripción se ha interrumpido por la demanda sobre la posesión? Para resolver esta cuestión, es necesario tener presente los principios consagrados por nuestro Código, que considera como dos juicios completamente distintos el posesorio y el petitorio; de tal modo que el uno no tiene influencia sobre el otro. Así, el vencedor en el posesorio en cuyo juicio se trata de averiguar sobre si la posesión anual le ha conferido derecho para ser protegida por la justicia, puede ser vencido en el petitorio que reconociendo la propiedad en el vencido se la manda entregar. La demanda, pues, en el posesorio interrumpe la posesión, porque ese juicio tiene por objeto únicamente esa posesión; pero no tiene influencia sobre la propiedad, y tan cierto es esto, que el vencedor en el posesorio puede ser un locatario que defienda su posesión contra las turbaciones de un tercero, que tal vez sea el verdadero dueño, y cuando deduzca el juicio petitorio, se niegue á entrar en él, nombrando á aquel por quien posee. Así, pues, el juicio sobre la posesión tiene su objeto único, la tenencia de la cosa, y la sentencia definitiva que acuerde la posesión á uno ó á otro litigante, es definitiva respecto de la posesión, y su acción no va más allá, no protege ni perjudica á la propiedad. Si suponemos que el demandante es el vencedor, puede unir la posesión á la del vencido, desde que esa posesión no ha importado una interrupción, como lo dijimos en el art. 3984. Si por el contrario fuera vencido, como esa demanda no ha sido sobre la propiedad, no podría alegar interrup-





convencimiento de su falta de razón, sea porque haya sido la consecuencia de una transacción, la verdad es que la demanda ha

ción, porque ésta no ha sido reclamada. Pero se dirá, el art. 2484 impide deducir el petitorio, antes que la instancia del posesorio haya terminado; es cierto, pero esa no es la acción que debe intentar el verdadero dueño para interrumpir la prescripción respecto de la propiedad, pues necesita una demanda que si bien puede ser rechazada, sin embargo es suficiente para demostrar que no se consiente en abandonar la acción.

De todo esto se deduce que la demanda en el juicio posesorio no interrumpe la prescripción para adquirir la propiedad, porque sólo pretende la posesión. Sobre todo, será un caso improbable, porque un juicio posesorio no pueda durar tanto tiempo como para dar lugar á la prescripción de la propiedad.

Dalloz (34, 1, 233) cita una resolución de la Corte de Casación, 5 de Mayo 1834, en que se pone en duda algunos de los principios expuestos en este comentario. El caso es el siguiente: un inmueble perteneciente á Privat Fournier había sido adjudicado por sentencia á Lavalette; el 6 de Junio de 1786 la Sta. Fournier heredera del deudor, apeló de la sentencia de adjudicación. Las cosas quedaron así hasta 1793 época en que la Sta. Fournier tomó posesión de los bienes. Fué el 23 de Abril de 1811, que Lavalette accionó en contra de ella deduciendo la reivindicación. Pero el 21 de Noviembre de 1820 intervino una sentencia que desechó la demanda por la litispendencia que resultaba de la apelación hecha en Junio de 1786, que no había sido decidida, reservando á las partes sus derechos respectivos. Habiendo continuado las dificultades entre Lavalette y la Sta. Fournier, se elevó ante la Corte de Nîmes, la cuestión á saber, si la demanda de 23 de Abril de 1811 había ó no interrumpido la prescripción, y después de un juicio contradictorio la Corte se decidió por la afirmativa, diciendo: que la citación ante la justicia interrumpe la prescripción; que á la verdad, la interrupción se considera como si no hubiera tenido lugar, cuando la demanda es rechazada; pero que la sentencia de 1820 no ha rechazado la demanda de 1811, que se ha limitado á rechazar á los demandantes en el estado, y bajo la reserva de conservarles todos sus derechos; que por consiguiente su acción ha permanecido íntegra, y que la demanda ha subsistido, lo que es bastante para operar la interrupción». La Corte de Casación revocó esta sentencia, alegando hechos inexactos, como lo hace notar Troplong, que combate esa decisión. Por nuestro Código Civil no puede ofrecer la menor duda, porque con el objeto de solucionar todas estas dificultades el Dr. Velez-Sarsfield al tomar la disposición del art. 2247, Cód. Francés, en lugar

desaparecido; en el segundo, cuando ocurriera la deserción de la apelación, y la sentencia de 1ª instancia quedara confirmada; el

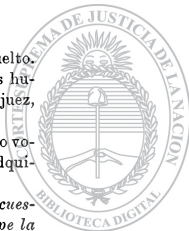
de la expresión que usa dicho Código al decir: «si la demanda es rechazada», la ha substituido por esta otra: «si el demandado es absuelto definitivamente»; exigiendo de un modo que no deja duda que la sentencia debe ser definitiva, y nada importa que se haya rechazado por cualquier incidente que no resuelva el asunto con respecto al fondo mismo, de modo que impida la misma demanda entre las mismas partes.— Véanse arts. 3989 y 4036.

Finalmente, creo, inexacta en parte la afirmación de los que sostienen que: «del final de este artículo y del 4036 resulta que mientras dure la instancia, aunque fuere medio siglo, *subsiste* la interrupción», porque según la doctrina que hemos fundado extensamente, la interrupción una vez que ha producido su efecto, borrando ó destruyendo el tiempo transcurrido, no subsiste, ni tampoco continúa borrándolo en adelante; ese es el efecto propio de la suspensión; la instancia puede durar medio siglo, si siempre se ha seguido el juicio sin interrupción; pero si se ha suspendido veinte años desde la última diligencia, la prescripción ha corrido, el primer acto de interrupción no se prolonga en el tiempo produciendo la suspensión. Precisamente la interrupción tiene de característico, que una vez producida cesa inmediatamente la acción, y necesita de actos sucesivos para borrar el tiempo transcurrido entre la última interrupción, y el que ha seguido hasta la subsiguiente; no suspende el tiempo que continúa corriendo de nuevo, como si comenzara desde ese momento la prescripción. Y el art. 4036 citado en apoyo de la permanencia de la interrupción de la prescripción, confirma la teoría que sostenemos, porque dice, «la prescripción corre aunque los servicios hayan continuado, y sólo *dejará de correr* cuando haya habido cuenta aprobada por escrito ó hubiese mediado demanda judicial que no haya sido extinguida». Dejar de correr no importa sino aniquilar el tiempo transcurrido; pero no puede impedir que después de la interrupción continúe corriendo; porque como dice el art. 3998, interrumpida la prescripción, queda como no sucedida la posesión que le ha precedido; es decir, el tiempo transcurrido queda borrado hasta el momento de la interrupción; pero no dice ni puede decir que no corre en adelante, porque ese efecto sólo puede producirlo la suspensión.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3987. — Cód. Francés, art. 2247. — Napolitano, 2153. — Holandés, 2018. — Sobre la última parte, véase Troplong, *Prescript.*, n° 610. — Aubry y Rau, § 215. — Vazeille, n° 1193.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 3987. — Demandado el cobro de





tercer caso sería cuando el demandado hubiera sido absuelto.

Cuando en las leyes de procedimientos de las provincias hubiera la perención de la instancia, una vez declarada por el juez, como el juicio ha desaparecido, no habrá interrupción.

En cuanto a la interrupción de la prescripción por el acto voluntario del que posea la cosa, y la hubiera comenzado á adquirir, se debe sujetar á las reglas siguientes:

1^a *El compromiso hecho en escritura pública, sujetando la cuestión de la posesión ó propiedad á juicio de árbitros, interrumpe la prescripción (art. 3988)*; porque el acto de someter una cuestión

(**Art. 3988.**) Nuestro Código, siguiendo una decisión de la Corte de París, de Junio 6 de 1826, ha estatuido que el mero sometimiento de la cuestión á la decisión de árbitros, causa la interrupción de la prescripción; pero no por las razones invocadas por la Corte, que para fundar su sentencia tenía necesidad de buscar una demanda á fin de que pudiera comprenderse en la disposición del art. 2247; por eso decía que el compromiso, en derecho, produce el efecto de una demanda ante el juez ordinario, razón que entre nosotros han aceptado algunos autores argentinos. El Dr. Velez-Sarsfield, al incorporar esa decisión á nuestro Código, ha tenido presente la realidad de las cosas, y no ha necesitado fundarla en una ficción. En efecto, todo el que somete una cuestión á la decisión de árbitros, es porque en realidad reconoce una reclamación por parte del que se dice propietario ó poseedor con derecho á la cosa; por el hecho de someter la cuestión á jueces elegidos por ambas partes, acepta como cierto y evidente el hecho de la reclamación privada, que se convierte en pública desde el sometimiento á la decisión del árbitro. Pigeau, aconsejando á la Corte, decía: «la prescripción se interrumpe durante el compromiso, porque los árbitros representan, respecto de las partes, á los tribunales ordinarios; no comienza su curso sino cuando el poder de los árbitros ha concluido»; notando de paso que incurre en el mismo error de creer que la prescripción se interrumpe *durante* el com-

un documento á la orden, y dictada sentencia de pago, la acción del acreedor no está sujeta á la prescripción del crédito demandado, sino á la de la cosa juzgada. — LIX, 30^a.

La demanda desestimada, vale como si no hubiese sido promovida, y se tiene por no sucedida la interrupción de la prescripción. — LI, 282.

Aunque el juez se declare incompetente, la demanda interrumpe el curso de la prescripción. — LIII, 5.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3987.— Véase fallo al art. 3098. — Jur. Civ., VIII, 249, Ser. 1^a.

voluntariamente á la decisión de un tercero, si bien no importa el reconocimiento de un derecho, por lo menos se acepta la posi-

promiso, cuando la interrupción que borra el tiempo pasado, no pueda producir efecto con relación al porvenir; pues si el juicio arbitral durase treinta años, la prescripción habría corrido desde la última diligencia, porque no ha tenido el poder de detener el tiempo corrido durante el compromiso; ese efecto sólo produce la suspensión; mientras la interrupción es momentánea, borra el transcurrido, y no sigue deteniendo el que corre.

Pero el artículo habla de sujetar la cuestión á árbitros, y se pregunta, si la misma cosa sucederá, cuando la cuestión se hubiera sometido á árbitros arbitradores, amigables componedores, y mi opinión es afirmativa, porque en uno y otro caso, el reclamante ha sido reconocido en su calidad de tal, así como lo dudoso del derecho, y el reclamo que se le hace. El artículo exige que el compromiso se haga en escritura pública, lo que excluye cualquier compromiso privado, que no se tendría como suficiente para interrumpir la prescripción, hasta que hubiera sido reducido á escritura; pero si negándose el poseedor á cumplir lo estipulado por escrito privado, fuera necesario ocurrir á la justicia, bastaría la demanda pidiendo hacer efectivo el compromiso para que se tuviera por interrumpida la prescripción.

Y si la escritura pública en que se hace el compromiso fuera nula por defecto de forma, ¿se habría interrumpido la prescripción? Mi opinión es afirmativa; porque hay un documento público en que consta que el poseedor ha sido prevenido de la reclamación, y si hemos admitido en el art. 3986, que una demanda ante juez incompetente, ó nula por la forma, basta para interrumpir la prescripción, ¿por qué rechazaríamos en el mismo caso la interrupción que se ha operado por el reconocimiento hecho por el poseedor de la reclamación intentada por el que se dice dueño ó con derecho de posesión? Pero cuando el compromiso fuera hecho por un incapaz, ó el árbitro nombrado lo fuera, debemos distinguir: si el reclamante era incapaz, como si fuere menor, púber ó mujer casada que comprometiére la cuestión sin consentimiento de su marido, su incapacidad no sería un obstáculo para que la prescripción se interrumpa, porque el art. 3986 es terminante, aunque la demanda sea nula porque el demandante no haya tenido *capacidad legal* para presentarse en juicio, la prescripción se interrumpiría. Otra sería mi opinión, si el compromiso arbitral fuera nulo por incapacidad del poseedor; como si un menor de edad estando en posesión de la cosa prescribiéndola, viniera á comprometer en árbitros la cuestión, anulándose por esta causa el compromiso.



bilidad de que ese derecho pueda ser reconocido por el juez nombrado. Es por esa razón que hemos criticado el principio que sólo

Como, en este caso, la interrupción de la prescripción proviene del reconocimiento expreso que hace el poseedor, de las pretensiones del reclamante, resultaría que no habiendo sido capaz para consentir, no ha podido hacer reconocimiento alguno.

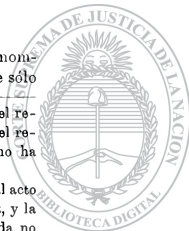
En cuanto al nombramiento de un árbitro incapaz, no afectaría al acto mismo, porque el reconocimiento existe hecho por persona capaz, y la incapacidad, muerte, ausencia ó renuncia de la persona nombrada no puede alterar el hecho que se ha producido, que es de someterse á la decisión de un juez elegido por ambas.

El compromiso no supone necesariamente una demanda y una contestación que no existen, y no es á ese título que viene á interrumpir la prescripción; supone este hecho cierto, que el poseedor de la cosa por evitar un juicio ordinario ante las amenazas del que se cree dueño de la cosa ó con derecho de posesión, ha consentido en someterse á la decisión que dictare una persona elegida como juez, reconociendo de ese modo que el derecho le ha sido reclamado, que se ha puesto en duda su título por otro que se atribuye mejor derecho, ¿para qué ocurrir á una ficción, cuando está el hecho real, que basta para interrumpir la prescripción? ¿Qué importa el compromiso? El someter á la decisión de un árbitro una ó varias cuestiones suscitadas entre los comprometidos; en una palabra, confesar en una escritura pública que la cosa le ha sido reclamada, y admitir la posibilidad de que no le pertenezca según el laudo arbitral.

Nuestro artículo viene á resolver la cuestión suscitada en derecho francés, negando unos que el compromiso arbitral tuviera el poder de interrumpir la prescripción, y aceptándolo otros; nuestro Código ha adoptado esta última opinión que se funda en la justicia.

Pero es necesario tener presente, que si bien la escritura de compromiso ha interrumpido la prescripción, borrando el tiempo pasado, no tiene el poder de hacer que no corra en adelante, porque entonces le atribuiríamos un efecto que jamás produce, y que sólo es propio de la usupensión concedida en favor de los menores, incapaces bajo curatela, ó entre marido y mujer ó con respecto á ésta cuando su acción hubiere de reflejar contra su marido. Si sucediera que el juicio arbitral quedare paralizado, se contaría desde la última diligencia, en que la prescripción volvería á correr; porque la interrupción mira al pasado y no tiene efecto alguno con relación al porvenir.

El artículo exige que el compromiso se haga en escritura pública, po-





limita la interrupción de la prescripción á la demanda, cuando pudo admitirse la reclamación que se hiciera ante los poderes públicos, y se tendría que reconocer como tal, la reclamación ante el Poder Ejecutivo Nacional, que por ley debe proceder á toda demanda contra la Nación.

2ª *La prescripción es interrumpida por el reconocimiento, ex-*

niendo en vigencia una disposición de la anterior legislación; pero como en esta parte se confunde con la ley de procedimientos, pues se trata del modo de constituir el juicio arbitral, debemos decir, que si las leyes de procedimiento de algunas provincias permitiesen constituirlo de otra manera, se tendría como interrumpida, porque el juicio habría comenzado por el sometimiento de la cuestión á un juicio arbitral.

Cuando se tratase de una cuestión sobre la posesión, en caso se hubiera de deducir el juicio posesorio, se considerará interrumpida la posesión desde el sometimiento de la cuestión: pero esto no puede privarle de los derechos que hubiere adquirido como poseedor, de modo que se deban considerar como perdidos; así, por ejemplo, si el que ha poseído una cosa como propia durante dos años, y reclamada esa posesión, sometieran la cuestión al juicio de un árbitro, la interrupción de la prescripción que importa el compromiso arbitral, no puede dejar sin efecto el tiempo que ha tenido la posesión, y el árbitro desechará las pretensiones, fundado en que el poseedor ha tenido la cosa dos años y no puede ser inquietado; su derecho de posesión no puede pues perderse; igual cosa sucedería si litigando sobre la propiedad; se sometiera la cuestión á árbitros, estando vencido el término para la prescripción y adquisición de la cosa; la interrupción en este caso no produciría efecto, ni podría privarle de un derecho adquirido, porque se interrumpe una prescripción que está corriendo por no haberse adquirido la cosa; pero no hay interrupción cuando el derecho le pertenece; sólo tendría el poder de obrar sobre el tiempo que va corriendo á efecto de hacer adquirir el derecho, pero no cuando éste se encontraba adquirido definitivamente; porque el compromiso que somete la cuestión á un juez elegido por las partes, no importa un abandono de los derechos que pretenden tener los litigantes; ambos los conservan en toda su plenitud para deducirlos ante el juez que se han dado.

La escritura de compromiso, no es pues, un reconocimiento tácito del derecho del reclamante, y por el contrario, el demandado le niega ese derecho, desde que se somete á la decisión de un Juez.—Comp. DALLON (31, 2, 10). TROPLONG, 594. — Véanse arts. 3986 y 3987.

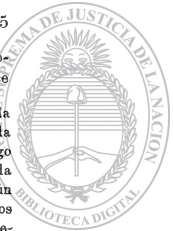
preso ó tácito, que el deudor ó el poseedor hace del derecho de aquel contra quien prescribía (art. 3989), porque si reconoce la propie-

(Art. 3989.) Se trata aquí del reconocimiento del derecho por el que venía prescribiendo, y para explicarnos como se interrumpe la prescripción, en lugar de hacer desaparecer el tiempo corrido, y que no vuelve á correr en adelante, es necesario que hagamos esta distinción: cuando se renuncia á un derecho que nos pertenece, reconociéndolo en otro, hacemos un acto de enajenación, en cuyo caso no hay prescripción que interrumpir; nos desprendemos de un derecho traspasándolo á otro; mientras que, cuando no hemos adquirido el derecho y tenemos únicamente la esperanza ó la expectativa de apropiárnoslo por el transcurso del tiempo, la renuncia á esa expectativa, si bien importa en cierto modo una especie de enajenación, no lo es en realidad, porque no hay derecho adquirido. Troplong, explica en pocas palabras esta posición cuando dice: «toda la diferencia está en que se renuncia á una prescripción cuando está adquirida, y que se interrumpe una prescripción cuando no se ha cumplido.» Pero la interrupción, por el reconocimiento del que prescribía, tiene de característico, y se diferencia de las otras interrupciones, en que la verificada por el reconocimiento, una vez interrumpida, no vuelve á continuar, sin un acto que pueda cambiar la causa de la posesión. Así, por ejemplo, cuando A, ha poseído una cosa como propia con un título de compra durante 8 años, y es demandado por B, que se dice propietario, la demanda borra, por decirlo así, los ocho años transcurridos, porque ese es el efecto de la interrupción; pero si el demandante ha dejado transcurrir diez años desde la última diligencia, la prescripción ha continuado corriendo, si no hay causa alguna que la haya suspendido, y en ese caso el demandado habría prescripto la cosa por diez años entre presentes, con el título translativo de dominio que posee; pero si por el contrario A, al ser demandado ha reconocido el derecho de B, y ha continuado en la posesión á título de arrendatario, la prescripción no vuelve á correr como en el caso anterior, y será necesario de un acto propio de A, para cambiar la causa de su posesión, negando el derecho, para que la prescripción pueda volver á correr; como si pagando el alquiler, comprase la casa á otro que se dice propietario, y se negase á abonarlo á aquél para quien poseía, entonces, la prescripción comenzaría desde que cambió su título y desconoció el derecho de aquél para quien poseía.

Ahora estudiemos el reconocimiento.

El reconocimiento puede ser expreso ó tácito; será expreso en los casos de los arts. 718 á 723, cuando el que ha comenzado á prescribir





dad de la cosa, quiere decir que su posesión no es á título de propietario, que no posee para sí, sino para aquel á quien reconoce

reconoce para otro en una escritura pública ó al contestar la demanda, la propiedad de la cosa reclamada; pero no hay una forma determinada para realizarlo, y los autores franceses, interpretando el art. 2248, Código Napoleón, de donde ha sido tomado el nuestro, admiten que se pueda hacer el reconocimiento por letra misiva, y aun verbalmente, según Aubry y Rau, aunque esta forma me parece muy dudosa, porque nos lanzaría en la prueba testimonial insegura, y que ofrece graves inconvenientes. Pero es necesario que las cartas presenten un sentido claro y preciso, sin que puedan ofrecer la menor duda del reconocimiento.

¿El reconocimiento necesita ser aceptado por aquél á quien beneficia? A primera vista parece que se debiera exigir el concurso de las dos voluntades para que el acto jurídico fuera irrevocable; pero si nos fijamos en que no se trata de una convención creadora de derechos, sino de un acto por el que una de las partes reconoce un derecho que pertenece á otro, veremos que no hay necesidad de aceptación. En efecto, cuando existe un contrato, ó una obligación que tiene su origen en un acto jurídico, y una de las partes la reconoce, no hay un nuevo contrato, es un acto unilateral que no necesita de la aceptación de la otra parte.

Como ejemplos de reconocimiento expreso se pueden citar los casos, siguientes: 1º, la confesión hecha por el deudor ó por el poseedor de la cosa, ante el Juez de Paz ó cualquier autoridad, del derecho en favor del reclamante; 2º, el ofrecimiento de pagar hecho por el deudor, aunque no fuera seguido de la consignación; 3º, la verificación de una acreencia, y la admisión al pasivo de la quiebra; 4º, el arrendamiento de la cosa que tenía prescribiendo, por un contrato público ó privado; 5º, el solicitar un término para la entrega de la cosa, reconociendo la propiedad.

Cuando el reconocimiento expreso fuera condicional, será necesario que la condición se cumpla; así, por ejemplo, si A, poseedor de un bien raíz dijera á B, que se lo reclama, entregaré la cosa, cuando me haya demostrado con la presentación de su título de que realmente es el propietario, será necesario que se cumpla la condición exhibiendo el título de propiedad.

El reconocimiento tácito resulta de actos ejecutados por el tenedor de la cosa, que hacen suponer necesariamente el reconocimiento del derecho, sin que exista declaración expresa. Así, por ejemplo, se pueden clasificar esos diversos actos en los hechos siguientes, entre los muchos que se pudieran estudiar.

como dueño. Lo mismo sucedería con la prescripción liberatoria.

1º Si el tenedor de la cosa que estaba prescribiendo, pagase al que se se dice propietario los arrendamientos por el tiempo que la ha poseído.

2º Si le diera una fianza por la deuda que estaba prescribiendo.

3º Si en el mismo caso constituyera una prenda asegurando el pago de la deuda.

4º Si pidiera un término para pagar la deuda.

5º Si consiente en que la cosa reclamada se ponga en depósito en poder de otra persona, ó si el mismo poseedor se constituye en depositario.

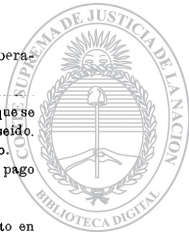
6º Si hiciera novación de la deuda.

Como se comprende, para todos estos actos se necesita capacidad de enajenar en la persona que hace el reconocimiento; porque si bien no existe en realidad la enajenación de un derecho adquirido, la renuncia priva al que lo hace de un derecho en expectativa.

Se presenta la cuestión interesante, á saber, si el reconocimiento hecho por el deudor en un contrato extraño al acto, interrumpiría la prescripción. Para resolverla creo necesario distinguir: si la reserva del derecho del acreedor es hecha por el mismo deudor de un modo general y vago, ó si ella ha especificado la deuda ó la cosa. En el primer caso no debe tener valor, porque se considera como una cláusula de estilo, sin importancia para interrumpir la prescripción; no así en el segundo, en que habiendo reconocido especialmente la deuda, aunque sea en un contrato que no tenga una relación directa con ella, ha interrumpido la prescripción.

Hemos dicho que importaba reconocimiento é interrumpía la prescripción el pago de los intereses de la suma debida, ó de arrendamientos de la cosa prohibida; pero, ¿cómo probar una y otra cosa cuando es negado el hecho por el deudor ó por el poseedor? Como el acreedor sólo tiene la prueba en los recibos que da al deudor, y que éste niega en la hipótesis, no tendría un acto escrito para demostrar la interrupción, y se encontraría en la imposibilidad, porque no se admite la prueba testimonial. No le quedaría otro recurso, que exigir en uno y otro caso un documento escrito donde conste la obligación que toma sobre sí de pagar los intereses, ó una declaración de que recibe la cosa en arrendamiento.

Los representantes de los incapaces, ¿podrán hacer válidamente un reconocimiento que interrumpa la prescripción? Hemos dicho, que si bien no es una enajenación el reconocimiento de un derecho que se estaba prescribiendo, se necesitaba tener capacidad para enajenar, porque se re-





§ 1083. — A QUIÉNES APROVECHA LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Cuando la prescripción se hubiere interrumpido por uno de los interesados, es necesario saber en que casos esa interrupción

nuncia á una expectativa que puede consolidar el derecho, y por esta razón creo que un tutor no tiene facultad para reconocer derechos sobre una cosa que el menor ha heredado y que estaba para prescribir; ese reconocimiento voluntario sin demanda judicial, no puede perjudicar á su pupilo que continuaría prescribiendo si la cosa no ha salido de su poder; pero si la hubiera entregado, es evidente que la prescripción se habría interrumpido, y sólo tendría derecho contra su tutor.

Y para terminar, lo haremos con las palabras de Marcadé, XII, 180, que condensa la doctrina del reconocimiento tácito, al decir: «si el que poseía y prescribía en mi contra un inmueble que me pertenece, viene á pedirme autorización para quedarse en él, y yo se la concedo, no solamente su prescripción anterior se ha borrado.... sino que en adelante sólo tendrá una posesión precaria, la que jamás podrá conducirlo á la prescripción»; pero se entiende que este reconocimiento ó permiso pedido debe ser formulado por escrito; porque si el poseedor lo niega, afirmando que siempre poseyó la cosa para sí, y como señor y dueño, la prescripción no se habría interrumpido. Así, no bastará que el poseedor *proponga* arrendar la cosa, como algunos lo creen, es necesario que el contrato tenga lugar, y pueda servir de base para demostrar la interrupción. — Comp. VAZEILLE, I, 210 y 212. TOULLIER, X, 307. DURANTON, XXI, 269.—Véanse arts. 720, 3958, 3987 y 4036.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3989. — L. 2º, Tit. 2º, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 2248. — Napolitano, 2154. — Holandés, 2019. El reconocimiento tácito resulta de todo hecho que implica la confesión de la existencia del derecho del acreedor ó del propietario, como el pago de intereses ó parte del principal de una deuda. Ejemplos del reconocimiento tácito pueden verse en Troplong, desde el n° 618, y en Vazeille, desde el n° 209.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 3989. — El reconocimiento de la deuda por medio de cartas, interrumpe la prescripción. — XXI, 85.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3989. — La prescripción se interrumpe por gestiones extrajudiciales debidamente probadas. — Jur. Civ., II, 264, Ser. 1ª (1).

(1) Se confunde la mora con la prescripción. Puede verse lo que decimos en los arts. 3986 á 3988 en nuestro comentario -- (N. del A.)



aprovechará á los cointeresados, y para esas hipótesis debemos aplicar las reglas siguientes:

1ª *La interrupción (material) de la prescripción aprovecha al propietario, aunque no sea por hecho suyo, sino por el de un tercero, que el poseedor ha sido privado de la posesión por más de un año (art. 3990);* porque el hecho evidente es que ha dejado de

(Art. 3990.) La prescripción se interrumpe naturalmente, cuando el que estaba en posesión de la cosa ha sido privado de ella durante un año, y como la posesión era el único título con que se proponía adquirir la cosa, ó con la que podría cubrir los defectos que tuviera el título con que la ha adquirido, resulta que perdida esa posesión sin que pueda reclamar la cosa por una acción posesoria, no volverá á prescribir sino desde que tome nuevamente posesión de la cosa, de ahí esta consecuencia lógica, que cualquiera interrupción por la desposesión de un año, aunque sea hecha por un tercero extraño, interrumpe la prescripción, justificando así lo dispuesto en el art. 3984. Pero esto sucede tratándose de la interrupción natural; no así respecto de la civil que se opera por la demanda; porque conservando la posesión el demandado, la interrupción no puede aprovechar sino al demandante, porque los efectos del pleito no alcanzan á los terceros que no han intervenido, ni para perjudicarlos ni para favorecerlos. Así, pues, la interrupción *natural* que priva de la posesión, aprovecha á todos, porque el poseedor deja de tener la cosa en su poder; la interrupción *civil* que se opera por la demanda, sólo aprovecha al demandante, que interviene en el juicio. En este sentido, dicen Aubry y Rau, § 215, texto á la nota 60: «la interrupción civil de la prescripción, sea adquisitiva, sea extintiva, no aprovecha, en general, sino á aquél de que ella emana ó á sus causahabientes; y reciprocamente, ella no puede ser invocada sino contra aquél respecto de quien se ha operado»; principio que nuestro Código consagra en el art. 3991.

Notamos una inexactitud en la expresión «de la posesión por más de

El término para prescribir se interrumpe por el reconocimiento expreso ó tácito que el deudor hace del derecho del acreedor. — Jur. Com., V, 77, Ser. 1ª.

Venido el término fijado en la póliza del seguro para la prescripción del derecho á reclamar, su interrupción sólo puede justificarse por la demanda judicial ó el reconocimiento expreso del derecho reclamado. — Jur. Com., VIII, 53, Ser. 4ª.

La prescripción no se interrumpe por el reconocimiento del deudor al contestar la demanda, ni le inhibe de oponerla como excepción en el mismo escrito. — Jur. Civ., II, 237, Ser. 2ª.

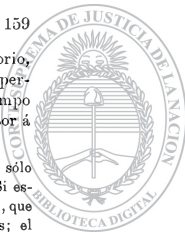
poseer la cosa; pero si lo hubiera vencido en el juicio petitorio, aunque el tiempo anterior á la desposesión material estaría perdido, podría considerarse como que ha poseído durante el tiempo que ha durado el pleito, uniendo la posesión de su interruptor á

un año», porque no estaría en armonía con la del art. 3984, que sólo exige un año. ¿Cuál de estas disposiciones debe tener preferencia? Si estudiamos las mismas disposiciones del Código, tenemos el art. 2481, que exige la posesión *anual* para dar derecho á las acciones posesorias; el art. 2474, en que para establecer la posesión *anual*, el poseedor puede unir su posesión á la de la persona de quien la tiene; el art. 2477, en que no es necesario que la posesión sea *anual*, cuando es turbado por el que no es poseedor *anual*; finalmente, el art. 2493, en que la acción de despojo sólo dura *un año*; por todas estas disposiciones y las que le son correlativas se deduce que la posesión que confiere derechos posesorios es la anual, y que la expresión por *más de un año*, de que usa el artículo, es incorrecta, y debe entenderse que habla del poseedor que ha sido privado de la posesión durante un año.

¿Es cierto que este artículo pudo ser suprimido, porque dice lo mismo que el 3984? Basta observar que el art. 3984 habla de la interrupción natural de la prescripción por el hecho de la desposesión, y el que estudiamos se refiere á las personas á quienes aprovecha esa interrupción, para que el artículo no esté de más. La prescripción se interrumpe por la desposesión hecha por el antiguo propietario ó por un tercero durante un año. ¿Pero á quiénes aprovecha esa interrupción? Eso no lo dice aquel artículo, sino el presente, y esto bastaría para justificar su existencia; aprovecha al propietario, aunque un tercero hubiera hecho la interrupción. ¿Por qué esta interrupción aprovecha á todos? Porque siendo la posesión el único título que puede invocar el poseedor para adquirir la cosa por prescripción, ó para borrar los defectos que su título pueda tener, ésta debe ser continua y no interrumpida, y una vez que la ha perdido por un año, sin tener derecho para reclamarla, no puede alegar la que antes tenía, si vuelve la cosa á su poder.

El principio consagrado por el artículo se aplica también, como lo enseñan Aubry y Rau, á la prescripción adquisitiva de las servidumbres personales ó reales, y aun á la prescripción extintiva de la acción hipotecaria. Nuestro artículo fué tomado de Aubry y Rau, § 215, letra C, n° 2, como lo indica el Dr. Velez-Sarsfield en la nota.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3990.—Aubry y Rau, § 215, letra C, n° 2.





la que siguiera la conclusión del juicio, como lo explicamos en el comentario al art. 3984.

2ª *La interrupción de la prescripción, causada por demanda judicial, no aprovecha sino al que la ha entablado, y á los que de él tengan su derecho (art. 3991);* porque no se trata de una

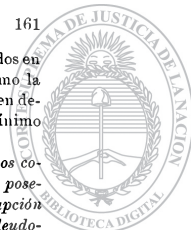
(Art. 3991.) La prescripción se interrumpe naturalmente cuando el poseedor pierde la posesión de la cosa, tomándola otro; se interrumpe civilmente, cuando sin perder la posesión material, se le demanda la cosa ante un juez, aunque sea incompetente. La desposesión es un hecho material, y hemos dicho que la interrupción producida aprovechaba al propietario aunque hubiera sido hecha por un tercero extraño, porque es una condición esencial en esa posesión, el que sea continua para que la prescripción pueda producir su efecto.

Respecto á la interrupción civil de la prescripción que se opera por la demanda, como el poseedor continúa con la cosa, no tiene el carácter general ni produce los efectos del acto material de la desposesión que beneficia á todos, es un acto particular que sólo puede aprovechar al que la interpone, pues rige la máxima *a persona ad personam non fit interruptio, active nec passive*; máxima que sin embargo reconoce excepciones, como lo veremos en los artículos siguientes.

¿Por qué la demanda sólo interrumpe la prescripción para el demandante? Por la razón sencilla de que el demandado ha continuado poseyendo la cosa para los demás; se trata de un hecho que se ha producido fuera de la posesión natural que tiene el demandado, y para que aproveche ese hecho á los demás es necesario que estén ligados por un vínculo de derecho que cree el interés de intervenir en el asunto. Todo acto que no toque ni prive de la posesión material, debe necesariamente tener el carácter particular, de modo que sólo beneficia al que lo ha realizado; es lo que sucede con la demanda que aprovecha únicamente al demandante, ó á los que de él tengan su derecho.

Si la cosa demandada perteneciera á varios, la demanda entablada por uno de ellos no aprovechará á los demás, á menos que la cosa fuera indivisible, art. 3996.

¿Qué extensión debe darse á la expresión, *á los que de él tengan su derecho*, usada por el artículo? Aubry y Rau, de donde fué tomado, dicen, y *á sus causahabientes*, ¿será únicamente los sucesores universales ó también se comprenden los sucesores singulares? El comprador de la cosa que se demanda, puede prevalerse de la interrupción que ha hecho su causante, porque le ha sucedido en sus derechos, así es, que vinién-



desposesión de que aprovecharían hasta los terceros interesados en demostrar que no ha existido posesión, sino de un acto como la demanda en que sólo demuestra el reclamo de una persona en defensa de lo que cree su derecho, que no altera en lo más mínimo la posesión.

3ª *La interrupción de la prescripción hecha por uno de los co-propietarios ó co-acreedores, cuando no hay privación de la posesión, no aprovecha á los otros; y reciprocamente, la interrupción que se ha causado contra uno sólo de los co-poseedores ó co-deudores, no puede oponerse á los otros (art. 3992)*; lo que es una con-

dole su derecho del que interrumpió la prescripción, y habiendo ocupado su lugar, puede oponerla.

Duranton, XXI, 278, hablando de que la interrupción civil sólo debe aprovechar al que la hizo, dice: «generalizando este principio es necesario expresar, que la interrupción de la prescripción no aprovecha sino al que la hace; de modo que si Pablo que se creía propietario de un inmueble del que soy poseedor, ha ejecutado en mi contra un acto que sería interruptivo de la prescripción, si hubiera sido él el propietario, ese acto no aprovechará á Pedro, verdadero propietario de dicho inmueble, que viniera en seguida á reivindicármelo; porque este acto era para él *res inter alios acta que aliis nec nocet, nec prodest*», y no puede aprovechar si no á los que están ligados por un interés solidario, como se dirá más adelante.—Véanse arts. 695, 3060 á 3062, 3981, 3992 y 3997.

(**Art. 3992.**) Dijimos que la interrupción de la prescripción era natural ó civil; que la primera tenía lugar cuando la desposesión material había sido por un año, y la segunda se operaba por la demanda ó por el reconocimiento ó el compromiso, sujetando la cuestión á árbitros. Cuando tiene lugar la desposesión por un año, como es un hecho material que interrumpe la posesión sin tener en cuenta las personas que lo han causado, ese hecho crea para todos un estado de cosas de que pueden preva-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3991. — La cita anterior, y Vazeille, n.º 232 y siguientes.

Notas del Dr. Velez-Sarsfield á los arts. 3991, 3992 y 3993. — Los tres artículos anteriores se fundan en la regla: *A persona ad personam non fit interruptio.* — L. 5, Dig., *De usurp.* — La interrupción es una especie de ficción respecto á la posesión, que en realidad no impide su continuación. Los actos de esta especie no aprovechan sino al que los ejecuta. — Véase sobre dichos artículos, Vazeille, *Prescrip.*, n.º 232. — Troplong, *Prescrip.*, n.º 627. — Aubry y Rau, § 215.

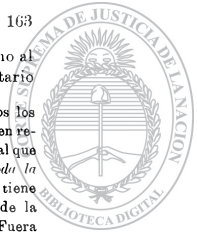


secuencia del principio sentado anteriormente, de que cualquier hecho que no importe una desposesión, y que la ley lo reputa

larse contra el que estaba prescribiendo, porque se funda en la pérdida de la posesión; pero cuando el poseedor ha continuado en ella, la demanda interpuesta por uno de los copropietarios ó coacreedores, que es un acto personal del que la deduce, así como no puede perjudicarlo en caso de una resolución contraria, condenando al demandante en las costas, tampoco puede beneficiarlo, á menos de existir solidaridad, en que cada acreedor ó cada deudor se encuentran investidos de poder para obrar y accionar á nombre de sus coobligados ó coacreedores. De estos principios resulta que el reconocimiento hecho por uno de los coposeedores ó codeudores del derecho del demandante, no podrá perjudicar á los otros, para quienes lo sucedido sería *res inter alios acta*, porque no han intervenido en el juicio. Así, la demanda entablada por uno de los copropietarios contra el poseedor de la cosa, interrumpe la prescripción con relación á él exclusivamente, y si la sentencia le fuera favorable reconociéndole el derecho reclamado, únicamente á él le aprovecharía, de modo que si los otros entablaran nueva demanda no podrían acogerse á la interrupción hecha por su copropietario. Supongamos que el poseedor ha tenido la cosa á título de compra durante nueve años, y que uno de los copropietarios demanda su tercera parte, estando los otros dos presentes; que á los dos años después, se concluye el juicio reconociéndole el derecho reclamado; que en vista de tal resultado, los otros dos se presentan demandando su parte; el poseedor puede rechazar su acción alegando su posesión tranquila á su respecto por más de diez años, demostrando que han estado presentes, y el juez declararía prescripta la cosa en virtud del título traslativo de dominio y del tiempo transcurrido, porque la demanda interpuesta por el copropietario no ha interrumpido la prescripción para los demás.

Si algunos de los copropietarios se hubiera incorporado al juicio tomando parte en él, con el consentimiento del demandado, se contará la interrupción civil desde el momento en que intervino.

Téngase presente que el artículo habla sólo de la interrupción civil de la prescripción que proviene de la demanda, del reconocimiento ó de haber sujetado á árbitros la cuestión; así es que la proposición sostenida por algunos de que la interrupción á que se refiere este artículo es la que tiene el origen en una demanda ú otro hecho de los interesados, pero no á la que viene del mismo deudor ó poseedor que prescribe, no es exacta en principio; aunque lo sea en su conclusión, cuando se dice: que el reconocimiento hecho por el deudor ó poseedor, sea á instancia



como una interrupción, no puede perjudicar ó aprovechar sino al que lo ejecuta; así, el reconocimiento del derecho del propietario

de uno sólo de los interesados ó voluntariamente, aprovecha á todos los interesados, cuando el reconocimiento es por el todo de la deuda ó en relación á toda la cosa poseída, y esto sucedería únicamente, cuando al que posee ó al deudor se le ocurriese la originalidad de reconocer *toda la deuda*, cuando sólo se le cobra una parte por el coacreador, que no tiene derecho á pedirla en su totalidad, ó cuando reclamada una parte de la cosa poseída, se le ocurriese reconocer la propiedad de toda ella. Fuera de este caso, por demás raro y original, porque ordinariamente nadie se pone á reconocer más de aquello que se le reclama; fuera de ese caso, repetimos, la interrupción hecha por el mismo deudor ó poseedor por un acto voluntario en favor de uno de los acreedores ó cointeressados no puede aprovechar á los demás. En efecto, ni la demanda ante el Juez, ni la decisión judicial en favor del reclamante se pueden considerar como actos interruptivos que aprovechen á los demás que no han tomado parte, ¿por qué el acto de reconocer el derecho de uno de ellos por parte del que prescribe aprovecharía á los otros? La decisión judicial equivale al reconocimiento voluntario y produce el mismo efecto, á ejemplo de lo que sucede con relación á los hijos naturales, que reconocidos voluntariamente ó por sentencia, tienen los mismos derechos. En el caso propuesto, el reconocimiento del derecho, que la sentencia declara en favor del reclamante, tiene la misma fuerza y produce el mismo efecto que si fuera voluntario; luego no habría razón para suponer que cuando el deudor reconoce la deuda con relación á A, quede reconocida respecto de B, y C; porque eso sería ir más allá de la voluntad del que practica el reconocimiento; para B, y C, el acto es completamente extraño, porque no han intervenido ni reclamado sus derechos. Así, cuando A, me demanda su parte en la acreencia, ó cuando someto esa cuestión á árbitros, esa interrupción que se opera en su provecho, no beneficia á los demás que no han intervenido, y del mismo modo, si yo voluntariamente reconozco á A, la parte que tiene en la acreencia, mas aún, si se la pago, este acto voluntario mío hecho en favor de una sola persona, y que puede responder á sentimientos ó deberes que tengo para con ella, no puede aprovechar á los demás, ni tienen derecho para reputarlos como una interrupción de la prescripción que ha continuado corriendo en su contra.

La expresión de que se sirve el artículo al decir: «la interrupción de la prescripción *hecha por uno de los copropietarios*», no es limitativa al solo caso de una acción de los terceros contra el acreedor ó poseedor, es enunciativa, y expresa el caso más ordinario, pues el artículo anterior



por el coposeedor de la cosa no puede perjudicar á los otros coposeedores que no han participado del reconocimiento.

4ª La demanda entablada contra uno de los co-herederos, no interrumpe la prescripción respecto de los otros, aun cuando se trate de una deuda hipotecaria, si la demanda no se ha dirigido contra el tenedor del inmueble hipotecado (art. 3993); porque en

habla de la demanda, y no habría razón para repetir la misma disposición; porque si la limitamos á los actos que pueden ejecutar únicamente los terceros, sin que produzcan la desposesión, nos encontraremos con que no queda sino la demanda judicial, los demás sólo puede producirlos el poseedor; como son el reconocimiento del derecho practicado por el que está prescribiendo, ó el someter la cuestión á la decisión arbitral; así es que necesariamente están comprendidos estos actos ejecutados por el poseedor, porque ya se dijo en el artículo anterior que, la interrupción de la prescripción causada por la demanda judicial, no aprovechaba sino al que la hubiera entablado. ¿De qué otros actos que no producen la pérdida de la posesión se hablaría, pues, en el presente artículo? No quedan sino los que el poseedor ó deudor ejecutare.

(**Art. 3993.**) Nuestro artículo ha venido á decidir la controversia suscitada en derecho francés, sobre si la demanda entablada contra el heredero tenedor del inmueble hipotecado bastaba para interrumpir la prescripción respecto á los demás. Troplong, Marcadé y Rodiere han sostenido que no había razón para hacer una excepción á la regla general (que nuestro Código mismo ha consagrado en el art. 3991) de que la demanda no interrumpe la prescripción sino con respecto al demandado, y que no tiene influencia sobre los demás coherederos; pero Vazeille y Aubry y Rau sostienen la opinión que nuestro artículo consagra. Es indudable que cuando el inmueble hipotecado ha pasado á un tercer detentador, los actos de interrupción de la acción personal contra el deudor, no interrumpen la prescripción respecto del tercer detentador; porque se trata de personas que no están ligadas por un vínculo solidario, cada uno obra por su propio interés; así, pues, no debemos admitir la reciprocidad en este caso, y decir, que los actos de interrupción de la acción hipotecaria, no interrumpen la prescripción de la acción personal. Es necesario que nos demos cuenta de la posesión de ambos deudores; por ejemplo, A, ha tomado en préstamo hipotecario diez mil pesos de B, garantiéndolo con una hipoteca sobre una propiedad, que después enajena á C, que acepta la hipoteca. B, tiene en apariencia dos responsables por su acreencia, aunque en realidad en nada ha cambiado su posición, por-



este caso, el acreedor hipotecario ha obrado personalmente contra uno de los herederos por la parte que como tal tenga en la

que el adquirente C, le responde sólo con el bien hipotecado, mientras su deudor personal originario queda obligado por lo que faltare, una vez vendido el bien que garantiza la acreencia. En esta situación, el acreedor B, demanda al poseedor del bien hipotecado, y entonces se aplica el principio del art. 3991, la demanda no interrumpe la prescripción sino con respecto al demandado, el deudor personal no aprovecha ni se perjudica con esa interrupción; pero esto es con relación á los terceros extraños, por decirlo así, al deudor principal. El caso de nuestro artículo, que constituye una excepción al principio proclamado, es cuando la deuda ha sido hereditaria, y uno de los herederos poseyera el inmueble hipotecado: entonces sostienen Aubry y Rau que la demanda intentada contra el poseedor interrumpe la prescripción, cuando se ha demandado la totalidad de la acreencia.

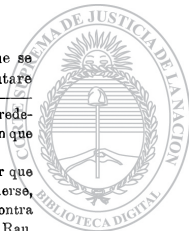
Si bien es cierto que nuestro Código ha dividido las acreencias así como las deudas de la sucesión, aun las que sean salidas, entre los herederos, y que esta división se ha operado por el ministerio de la ley; pero no se puede negar, como dicen Aubry y Rau, «que el poseedor del inmueble hipotecado pueda ser perseguido, no solamente como un tercer detentador ordinario, sino en su calidad de representante del difunto»; porque si atendemos á la naturaleza de la deuda que pesaba sobre la sucesión, á la que se le podría cobrar íntegramente, se comprende que la demanda al poseedor del inmueble ha tenido por objeto obtener el pago total y por consiguiente conservar los derechos en su integridad. No hay semejanza entre el heredero que posee la cosa hipotecada con relación á sus coherederos por deudas de la sucesión, con los terceros poseedores extraños, á quienes no los liga vínculo alguno; porque la verdad de los hechos es que el difunto, en lo que concierne á la posesión del inmueble hipotecado, está representado por el heredero que posee el inmueble.

Me parece que la teoría adoptada por el artículo es más conforme con la justicia y los principios del derecho. Troplong, combatiendo la opinión de Vazeille, hace esta pregunta: ¿cómo olvida, dice, que fuera de su porción viril, el heredero no tiene obligación personal, y que no podría existir obligación hipotecaria sin una deuda principal á la que ella acceda? Pero el ilustre jurisconsulto olvida, á su vez, que averiguamos en este caso, si la demanda por el total de la deuda contra el coheredero poseedor del bien raíz hipotecado, ha interrumpido la prescripción que corría contra los demás. Se trata de interpretar un acto del acreedor, en que demandando el todo de la deuda al poseedor del inmueble

sucesión, y los demás no pueden ser perjudicados, desde que se trata de una deuda divisible; cuando por el contrario, ejecutarse

ble hipotecado, ha creído inútil hacer comparecer á los demás coherederos para interrumpir la prescripción respecto de ellos por la porción que les corresponde, y el artículo le da la razón.

Tratando la cuestión bajo este punto de vista, no se puede decir que se haya incurrido en un error tipográfico, como ha llegado á suponerse, porque la prescripción se interrumpe por la demanda entablada contra el heredero poseedor del inmueble hipotecado; así, dicen Aubry y Rau, § 215, texto á las notas 63 y 64: «las obligaciones enumeradas en el art. 1221 no entran en la excepción de que acabamos de hablar, y quedan sometidas á la regla general establecida anteriormente, con esta modificación, que la demanda dirigida por el todo contra el codeudor ó coheredero pasible de semejante demanda, interrumpe á su respecto la prescripción, no solamente por su parte, sino por la totalidad de la deuda. Especialmente, cuando el coheredero detentador de los inmuebles hipotecados, ha sido demandado en esta calidad por el todo, la prescripción está interrumpida en lo que le concierne, por la totalidad de la deuda, sin que pueda prevalerse de la prescripción que se hubiera cumplido anteriormente, en favor de sus coherederos, al efecto de substraer á la acción del acreedor, una porción cualquiera de los inmuebles hipotecados»; teoría que nuestro Código ha adoptado, haciendo una excepción al principio de la división de las deudas hereditarias, porque en realidad el inmueble hipotecado responde por la totalidad de la deuda, y el acreedor tiene derecho para ir contra el poseedor del inmueble por el total de la acreencia. Quiere decir entonces, que la prescripción no se interrumpe aun cuando se trate de una deuda hipotecaria, esta es la regla; la excepción es que la prescripción se interrumpe, cuando la demanda por el todo se ha dirigido contra el heredero poseedor del inmueble hipotecado. Esta excepción se justifica en cierto modo, teniendo presente que, es el inmueble el que garante la totalidad de la deuda, y si bien ésta se encuentra dividida entre los herederos, la garantía permanece íntegra; así la parte de cada heredero puede prescribirse, pero en nada perjudica al acreedor, si conserva su derecho contra el poseedor del inmueble hipotecado y lo ejecuta por el todo; pues se supone, con razón, que el heredero al aceptar la adjudicación del inmueble hipotecado ha tomado sobre sí la obligación de pagar toda la deuda, y aunque así no fuera, sabe que la garantía hipotecaria no se puede dividir sin consentimiento del acreedor, y que en todo caso el inmueble responde por el todo de la deuda que garante.





el inmueble hipotecado que pertenece á la sucesión, la ejecución contra el tenedor del inmueble interrumpe la prescripción en la parte que correspondiese á los demás coherederos.

5ª *La interrupción de la prescripción emanada de uno de los acreedores solidarios, aprovecha á los co-acreedores; y reciprocamente, la que se ha causado contra uno de los deudores solidarios puede oponerse á los otros (art. 3994);* porque la solidaridad hace

Y para concluir diremos, que el presente artículo es una confirmación de la regla establecida en el art. 3991, en que la demanda judicial sólo aprovecha, para interrumpir la prescripción, al que la ha deducido, con la excepción determinada, de que sucede lo contrario cuando se hace por el todo contra el poseedor del inmueble hipotecado. — Véanse arts. 3493 y 3991.

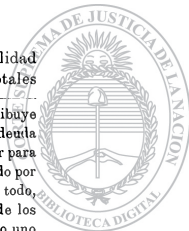
(**Art. 3994.**) Dijimos en el art. 713, que la solidaridad era activa y pasiva; la primera se refiere á la facultad que tiene cualquiera de los acreedores para cobrar el todo de la deuda, aunque los deudores no sean solidarios; la segunda cuando cada uno de los deudores pueda ser requerido por el pago de la deuda, aunque los acreedores no sean solidarios, y finalmente, es activa y pasiva al mismo tiempo, cuando cualquiera de los acreedores puede cobrar el total de cualquiera de los deudores. Es necesario que hagamos esta diferencia esencial para explicar el artículo. Así, por ejemplo, si A, y B, son acreedores solidarios de C y D, quienes deben solidariamente una suma de diez mil pesos, la demanda deducida por A, contra el deudor C, por el todo, conservará el derecho de B, y perjudicará á D, interrumpiendo la prescripción, este es el caso del artículo en que existe la solidaridad activa y la pasiva. Pero si suponemos que A y B, son acreedores solidarios con derecho para cobrar una deuda mancomunada contraída por C y D, exigiendo á cada uno su parte, es el caso de la solidaridad activa, y A, puede cobrar de C, y D, la parte que á cada uno corresponde; si demanda únicamente á C, habrá interrumpido la prescripción en su contra, pero no perjudicará á D, que no ha sido interpelado, y tenemos que en este caso, habiendo sido interrumpida la prescripción por uno de los acreedores solidarios, aprovecharía indudablemente á su conacreedor, pero se operaría la recíproca, porque los deudores son mancomunados.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3993. — Trátándose de derechos personales, la prescripción es procedente contra los herederos mayores, aun cuando se declare improcedente contra los menores. — Jur. Civ., X, 279, Ser. 2ª.

que la deuda se convierta en otras tantas deudas en su totalidad como deudores solidarios hubiere, y en tantas acreencias totales

La solidaridad, cuando es activa y pasiva al mismo tiempo, atribuye á los acreedores poderes bastantes para exigir la totalidad de la deuda de cualquiera de los deudores, que á su vez se han conferido poder para pagarla en su totalidad, y es por esta razón que unos y otros obrando por sí y como apoderados se exigen el pago total y están obligados por el todo, y por consiguiente la demanda de uno de ellos contra cualquiera de los deudores interrumpe la prescripción, y por la misma razón, cuando uno de los acreedores solidarios ha demandado á uno de los deudores mancomunados su parte en la deuda, ha interrumpido la prescripción á su respecto y con relación á su coacreedor; pero no para el mancomunado; lo mismo sucedería en la solidaridad activa y pasiva, si el acreedor en vez de demandar el total de la deuda sólo reclamase la parte que al co-deudor solidario le correspondiese, habría interrumpido la prescripción únicamente por esa parte, sin que perjudicase á los otros, y aprovecharía á los coacreedores sólo por la parte demandada. No es que esto importe renunciar á la solidaridad estipulada, como algunos lo suponen; porque pueden exigir lo restante de cualquiera de los otros deudores, lo que no podrían hacer si se les considerase renunciantes. Así, por ejemplo, A y B, acreedores solidarios por quince mil pesos que se han obligado á pagar solidariamente C, D y E; si suponemos que A, demanda á C, cinco mil pesos, no por eso ha renunciado á la solidaridad respecto de los otros, y puede demandar á cualquiera de ellos los diez mil restantes, eso es lo que establece el art. 705, cuando dice: podrán reclamar el todo contra los demás, con deducción de la parte del deudor libertado de la solidaridad.

Hemos dicho en los arts. 3984 á 3989, que la interrupción de la prescripción era natural ó civil. La natural tenía lugar por la desposesión y aprovechaba á cualquiera, aunque no tuviera vínculo alguno de derecho con el interruptor; la civil se operaba por la demanda, por comprometer la cuestión en árbitros, y por el reconocimiento expreso ó tácito. La interrupción civil sólo aprovecha al que la hubiese hecho; la demanda únicamente interrumpe la prescripción para el demandante y perjudica sólo al demandado; así, pues, cuando se trata de una acreencia solidaria que se ha comenzado á prescribir, si uno de los deudores somete la cuestión á árbitros, ó si reconoce la deuda, la prescripción se habrá interrumpido para todos sus coobligados que son solidariamente responsables, pues cualquier acto de ellos con relación á la deuda, se reputa ejecutado por cada uno, pues tiene la representación de los demás.



como acreedores solidarios existieren, de modo que cualquiera de los acreedores pueda cobrar la totalidad de la acreencia de cualquiera de los deudores.

6ª *La demanda entablada por uno de los herederos de uno de*

El poder que cada acreedor solidario se ha conferido para cobrar por sí la totalidad de la acreencia, y que tenía un límite, como se dijo en el art. 707, no va hasta comprometer á sus coacreedores, reconociendo una deuda extinguida por la prescripción, y si bien pudo remitirla ó condonarla, respondiendo á cada uno de ellos por su parte, es porque tenía facultad para cobrarla íntegramente, y el que la remite se puede decir que recibe la cantidad debida y la dona al deudor, lo que está dentro de las facultades que se han conferido mutuamente con sus coacreedores; pero no así para crear, por decirlo así, una nueva obligación haciendo renacer la extinguida; así es que el reconocimiento expreso ó tácito de uno de los deudores solidarios, de una deuda extinguida por la prescripción, ó el someterla á árbitros en nada puede perjudicar á los demás codeudores que á su vez pueden alegarla, cuando el acreedor se dirigiera contra cualquiera de ellos, fundándose en el reconocimiento de su codeudor solidario; y si éste la hubiera pagado y reclamase su parte, puede ser rechazado alegándole la extinción de la obligación reconocida por él, porque en este caso ha obrado sin autorización, pues si pudo pagarla íntegramente, no tenía derecho para crearla, por decirlo así, por su propia voluntad, sin consentimiento de sus coobligados.

Téngase presente que los deudores solidarios dejan de serlo, cuando uno de ellos ha fallecido dejando varios herederos, pues á éstos no se les puede cobrar la acreencia en su totalidad, sino en la parte que á cada uno corresponda como heredero de su causante.

Concluiremos con las palabras de Massé y Vergé, sobre Zachariæ, § 528, nota 6, quienes dicen: «por lo demás, debemos hacer notar que la prescripción se interrumpe contra todos, no solamente por demandas propiamente dichas, dirigidas contra uno de los deudores, sino aun, en los términos del art. 2279, por todos los actos que tienen por efecto interrumpir la prescripción. Pero una vez adquirido el beneficio de la prescripción por todos los deudores, es definitiva, y entonces aunque sobrevenga un hecho que haga desaparecer la prescripción respecto de uno solo de los deudores, la prescripción se puede oponer por los otros»; es decir, que extinguido el derecho, uno de los deudores puede hacerlo revivir, pero sin perjudicar á sus codeudores.—Comp. VAZEILLE, *Prescr.*, 241. TROPLONG, II, 629. MASSÉ Y VERGÉ, sobre ZACHARIÆ, V, 120.—Véanse arts. 695, 713 y 3995.





los acreedores solidarios, no interrumpe la prescripción á beneficio de sus co-herederos, y no la interrumpe á beneficio de los otros acreedores, sino por la parte que el heredero demandante tenía en el crédito; y reciprocamente, la demanda interpuesta contra uno de los herederos del co-deudor solidario, no interrumpe la prescripción respecto á sus co-herederos; y no la interrumpe respecto á los otros deudores, sino en la parte que el heredero demandado tenía en la deuda solidaria (art. 3995); porque la solidaridad des-

(Art. 3995.) Este artículo, tomado casi literalmente de Anbry y Rau, contiene dos partes que es necesario estudiar separadamente. La primera es con relación á la demanda deducida por uno de los herederos de uno de los acreedores solidarios, que no interrumpe la prescripción en beneficio de sus coherederos; la segunda es averiguar por qué la demanda sólo interrumpe la prescripción con relación á los otros acreedores únicamente por la parte que el demandante tenía en el crédito. Para darnos cuenta de la primera proposición debemos recordar que, la acreencia solidaria pierde este carácter para los herederos del acreedor, cuando vienen en su representación, dividiéndose en tantas partes cuantos herederos dejare. Si suponemos tres acreedores solidarios que tienen derecho para cobrar una acreencia de veinticuatro mil pesos contra dos deudores también solidarios, si falleciere uno de los acreedores dejando dos herederos, quiere decir que uno de ellos no podría cobrar la totalidad de la deuda, como habría podido hacerlo su causante, sino la mitad, de cualquiera de los deudores solidarios; así, pues, si ejerciendo sus facultades uno de ellos hubiera demandado la mitad de la deuda, como se supone que ejerce su propio derecho con relación á su coheredero, cobrando una acreencia que le es debida á él solo, de ahí es que su coheredero no aproveche de esta interrupción, que puede decirse le es extraña: pues la acreencia se ha dividido en dos partes, completamente independiente una de otra; pero esto es con relación á sus coherederos, quienes tampoco pueden ser perjudicados por un acto cualquiera de éste. Los coherederos, sean acreedores ó deudores por sucesión de su causante, como dividen la acreencia ó la deuda en tantas partes iguales cuantos herederos hubiere dejado, se consideran que existen tantas deudas ó acreencias distintas como herederos. En el ejemplo propuesto, si uno de los herederos cobrare doce mil pesos de cualquiera de los dos deudores, habría in-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3994. — Massé y Vergé han tratado extensamente este artículo en el § 528, nota 6. — Vazeille, n° 237. — L. 5, Tit. 40, Lib. 8. Cód. Romano. — Cód. Francés. art. 1159.

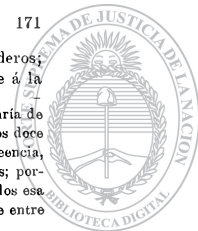
aparece cuando el deudor ha fallecido dejando varios herederos; la deuda entonces se divide entre ellos proporcionalmente á la

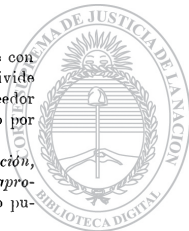
interrupción de la prescripción por esa parte, y su coheredero no gozaría de esa interrupción; pero si á su vez el otro heredero cobrare los otros doce mil pesos, habrían interrumpido la prescripción de toda la acreencia, aprovechando esa interrupción á los demás acreedores solidarios; porque si bien es cierto que la acreencia solidaria ha perdido para ellos esa calidad al pasar de su causante á dos herederos, también lo es que entre los dos completan la totalidad de la suma debida.

Con relación á los coacreedores solidarios, la demanda interpuesta por uno de los dos herederos del acreedor fallecido, sólo interrumpe la prescripción por la mitad demandada, porque sólo esa parte ha podido conservarles desde que no tiene derecho á más, cuando no debía ser así, pues como representante de aquél á quien hereda, debía tener derecho para interrumpir la prescripción por toda la deuda; pero en ese caso habría sido necesario acordar la recíproca facultando á los acreedores del codeudor solidario para alegar la interrupción de la prescripción contra los demás coherederos, y se habría roto así la regla que determina la división de la deuda entre los herederos del deudor solidario.

Como se trata de una deuda que ha perdido su solidaridad al pasar del causante á sus herederos, resultará que demandado por su parte uno de éstos, la interrupción operada por la demanda no perjudicará á sus coherederos, porque se trata de una deuda que no les corresponde, desde que la muerte los ha dividido y se consideran como si fueran extraños unos á otros.

El artículo habla de uno de los herederos del acreedor solidario que demanda su parte, porque es el caso de cesación de la solidaridad para esos herederos, en que la acreencia se divide; pero eso no importa decir que la demanda deba ser deducida contra uno de los herederos del deudor solidario, como lo han creído algunos; porque eso sería confundir los casos, reduciéndolo á uno solo. Así, en el ejemplo propuesto, si uno de los tres acreedores solidarios ha fallecido dejando dos herederos, cualquiera de ellos puede cobrar la mitad de la acreencia de uno de los deudores solidarios, y esa demanda sólo interrumpe la prescripción respecto de sus coacreedores por la parte demandada, y no aprovecha á sus coherederos; pero si el fallecido fuera uno de los deudores solidarios, la demanda interpuesta contra uno de los dos herederos por la mitad de la deuda contra uno de los herederos, no interrumpe la prescripción respecto del otro; finalmente, si ha fallecido uno de los tres acreedores solidarios dejando dos herederos, y uno de los dos deudores solidarios tam-





parte que cada uno tuviera en la herencia; lo mismo sucede con relación á los acreedores solidarios, cuya acreencia se divide en tantas partes proporcionales como herederos del acreedor existieran, y por consiguiente no pueden demandarla sino por la parte que les correspondiese.

7^a *Siendo indivisible la obligación, ó el objeto de la prescripción, la interrupción de ésta, hecha por uno sólo de los interesados, aprovecha y puede oponerse á los otros (art. 3996);* porque no pu-

bién ha fallecido dejando dos herederos, la demanda entablada por uno de los herederos del acreedor, que sólo tiene la mitad de la acreencia contra uno de los dos herederos del deudor, aprovecha á los coacreedores solidarios, pero no á su coheredero, y perjudica al demandado, pero no á su coheredero. El artículo rige todos estos casos, y cuando pone como ejemplo el de uno de los herederos del acreedor solidario, demandando á uno de los herederos del deudor solidario, no es porque excluya á los demás, sino por el contrario, enunciando el caso más difícil; pero quedan comprendidos los otros.

Se debe tener en cuenta que el artículo rige el caso de solidaridad activa y pasiva; y que ha sido tomado al pié de la letra de Aubry y Rau, § 215, texto letra *a*, como lo dice en la nota el Dr. Velez-Sarsfield. — Véanse arts. 712, 3492, 3493, 3975, 3981 y 3994.

(**Art. 3996.**) Hemos dicho que la indivisibilidad viene de la naturaleza que la impone con la fuerza irresistible de lo inevitable, mientras la solidaridad viene de la ley, ó es creada por la voluntad de las partes, es por esta razón sin duda, que cuando la voluntad no se puede prolongar más allá de ciertos hechos, la obligación se divide entrando en los casos ordinarios de la vida. Así, la obligación solidaria estipulada, pierde su efecto, cuando uno de los deudores ha fallecido, porque la obligación se divide; mientras en la indivisibilidad no puede suceder esto, porque la naturaleza lo hace imposible. ¿Cómo se podría dividir la obligación de entregar un cuadro ó una estatua? Si el que debía entregarla ha fallecido dejando varios herederos, á cualquiera de ellos que se le demande la cosa, la interrupción de la prescripción tendría efecto contra los demás; pero en donde se manifiesta esta verdad con mayor evidencia es en las servidumbres; así, dice Troplong: «si dos personas me deben una servidumbre, la interpelación que hiciera á una de ellas me aprove-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3995. — Cód. Francés, art. 2249. — *Vazeille, Prescrip.*, n.º 239 y 243. — La muerte del acreedor ó del deudor ha dividido el crédito ó la deuda entre sus herederos.



diendo dividirse, entre los deudores, ni entre los acreedores, por la naturaleza de la obligación ó de la prestación, unos no pueden demandar sino el total y los otros tienen que responder de la totalidad de la obligación.

8ª *La demanda interpuesta contra el deudor principal, ó el reconocimiento de su obligación, interrumpe la prescripción contra el fiador; pero la demanda interpuesta contra el fiador, ó su reconocimiento de la deuda, no interrumpe la prescripción de la obligación principal (art. 3997);* porque siendo la fianza una

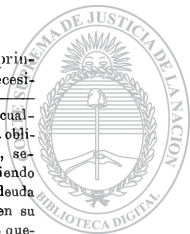
charía contra la otra. Recíprocamente, si hay varios herederos de aquél á quien se debe la servidumbre, la demanda deducida por uno de ellos contra el propietario, interrumpiría la prescripción en interés de todos; porque siendo indivisible no se puede demandar una parte. En efecto, ¿cómo podría demandarse una parte de la servidumbre de luz, de vistas ó de carga? El fundo sirviente la debe en su totalidad, y cualquier heredero del dueño del dominante puede exigir la servidumbre interrumpiendo la prescripción.

El artículo se encuentra legislado en el art. 688 que trata de las obligaciones indivisibles, determinando uno de los caracteres principales de la indivisibilidad, y al hablar de la interrupción de la prescripción, el legislador ha debido completar la materia expresando el efecto que produce la interrupción; son artículos de referencia que no se deben suprimir, sin indicar por lo menos el lugar donde está legislada la materia, pues de otro modo quedaría incompleta.

Los jurisconsultos franceses señalan otra causa de interrupción de la prescripción, en que aprovecha no sólo al que ejecuta el acto, sino á los demás acreedores, y es el caso del embargo del inmueble hecho por uno de los acreedores; este embargo se asemeja al *pignus pretorium* del derecho romano, procedimiento en virtud del cual el Pretor ponía provisoriamente al acreedor en posesión de los bienes del deudor, y que no tiene lugar entre nosotros; pero si lo tuviera en alguna de las leyes de procedimiento de las provincias debiera aplicarse, porque habiendo sido privado de la posesión de la cosa, esa desposesión aprovecharía á los demás, como se dijo en el art. 3984. — Comp. TROPLONG, II, 637, PROUDHOM, VII, 3127. — Véanse ats. 688, 3061, 3975 y 3982.

(Art. 3997.) Cuando se trata de la prescripción entre el principal obligado y el fiador, se debe tener bien presente, que la fianza es una

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3996. — L. 18, Tit. 31, Part. 3ª. — Cód. Francés, arts. 1222 y 1223. — Vazeille, n° 245.



obligación accesoria, que debe su existencia á la obligación principal, la acompaña hasta la extinción; así es que no hay necesi-

obligación accesoria que no puede existir sin la principal, y que cualquiera causa que extinguiera ésta, la accesoria desaparecería; que la obligación accesoria no tiene influencia alguna sobre la principal, según la teoría del Código, mientras que por el contrario, si corriendo la prescripción fuera interrumpida por un reconocimiento de la deuda que hiciera el principal obligado, ó por una demanda interpuesta en su contra, la interrupción reflejaría sobre la obligación del fiador que quedaría interrumpida; pero si la obligación estuviere prescrita, y no obstante la reconociera el deudor dándole nueva vida, ese reconocimiento no perjudicaría al fiador que podría alegar la prescripción.

El reconocimiento de la deuda que hiciera el fiador ó la demanda deducida en su contra sin previa intervención del deudor principal, en nada le perjudicaría de modo que podría alegar la prescripción, y lo que parece más singular, el mismo fiador demandado que hubiese reconocido la deuda puede alegarla, si la obligación principal estuviera prescrita; porque no existiendo ésta, la fianza se extingue.

Por eso, sólo estoy conforme en parte con la opinión de Duranton, XXI, 283, cuando dice: «pero si la prescripción estuviera cumplida, y el fiador hubiera reconocido la deuda, se podría ver en este hecho una nueva obligación de su parte, una obligación principal, cuya causa era su antigua obligación. Quedaría á los Tribunales el apreciar el mérito del acto según las circunstancias del hecho; pero cualquiera que fuera su decisión á este respecto, el antiguo deudor quedaría liberado por la prescripción»; la conclusión sólo sería aceptable cuando el fiador declarase que repugnando á su conciencia el alegar la prescripción, tomaba sobre sí la obligación principal; en ese caso, aun debería hacerse esta distinción: siendo la causa de deber una obligación natural, si la pagase, no tendría derecho para repetir lo pagado; pero si se resistiera á cumplirla, no creo que pudiera ser ejecutado, porque se trata de una obligación natural como es la extinguida por la prescripción.

Cuando el acreedor ha demandado al fiador sin estar vencida la prescripción; si durante el juicio la obligación principal se prescribiera de modo que el acreedor no tuviese derecho para exigirla del deudor, el fiador podría alegarla, pues el art. 2021 autoriza para oponer en su nombre personal todas las excepciones que competan al deudor, aun contra la voluntad de éste.

Pero si el fiador novase la obligación principal, ó se comprometiera personalmente de cualquier otro modo, dejaría de figurar como tal fiador,

dad de interpelar al fiador para conservar la acción; pero sucede lo contrario, cuando se demanda al fiador no solidario, pues la

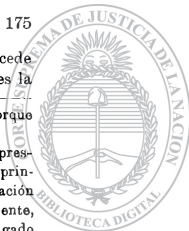
y no podría alegar las excepciones que correspondieran á su fiado, porque la obligación se habría transformado.

El simple reconocimiento hecho por el fiador de una obligación prescripta, no puede impedirle alegar la prescripción de la obligación principal, como algunos creen; porque mientras no haya una manifestación expresa de afianzar la obligación natural, obligándose personalmente, no se le puede considerar como renunciante. Si el fiador hubiera pagado la obligación prescripta, no tendrá acción contra el fiado; pero si éste voluntariamente le hubiera pagado, no podría repetir ese valor porque se trata de una obligación natural.

En la nota á este artículo se examinan otros casos donde se establece claramente este principio: que cualquier acto del fiador no puede tener influencia sobre la obligación principal, perjudicando al fiado.

El principio consagrado por nuestro artículo, tomado del art. 2250, Cód. Francés, que fundándose en la opinión de Pothier, fué reducido á ley, ha sido combatido por Dunod, entre los antiguos, quien dice: «como en realidad son dos obligaciones, y la accesoria puede ser separada, en este caso, de la principal, la opinión regular y la más común es que la interrupción no perjudica á la fianza», y entre los modernos, defienden esta teoría, Baudry Lacantinerie, y Tissier, sosteniendo que la obligación, aunque accesoria, es distinta y separada, opiniones que merecen tenerse en cuenta, cuando se trate de corregir el Código, porque es más jurídico aceptar esta separación, á fin de no poner en la mano del deudor principal el prolongar la fianza por sucesivos reconocimientos, sin tomar el consentimiento del fiador. Otra cosa se decidiría, si el acreedor interpelase judicialmente al deudor y al fiador; pero en nuestro sistema actual bastará la demanda al deudor, ó el reconocimiento de la deuda para interrumpir la prescripción respecto del fiador.

En cuanto á la segunda parte del artículo, ha sido vivamente combatida por Troplong, y lo siguen Vazeille, Larombière y Leroux de Bretagne; porque si admitiéramos la separación de las obligaciones no habría razón para sostener que la interrupción hecha al fiador pudiera perjudicar al deudor principal, y por eso es que la primera parte es susceptible de crítica, pues se considera á ambas obligaciones como una sola, de modo que la interrupción hecha al deudor principal, perjudica al fiador, ¿por qué no admitir entonces la recíproca? Habría muy buenas razones para cambiar la teoría enseñada por el Código, decidiéndose por una ú otra doctrina, ya sea considerándola como una sola obligación, y en ese caso



obligación accesoria no conserva la principal, que se prescribirá si el deudor no ha sido demandado.

la interrupción hecha al fiador debiera perjudicar al deudor principal, ó considerarlas como separadas, y entonces la interrupción hecha á uno de los obligados no perjudicaría al otro.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3997. — Duranton, tom. 21, n° 283. — Marcadé, sobre los arts. 2249 y 2250, n° 2. — Aubry y Rau, § 215. — En cuanto á la primera parte del artículo, Cód. Francés, art. 2250. — En contra de la segunda, Vazeille, *Prescrip.*, n° 251. — Troplong, *Prescrip.*, n° 635. — Este último autor dice, que si el fiador pagó en diversas épocas los intereses ó parte del principal, estos pagos tienen el efecto de interrumpir la prescripción que corría contra el deudor principal. Pero tales pagos son absolutamente extraños al deudor y no pueden perjudicarlo. Vazeille expone que la obligación del fiador es accesoria, y que mientras ella subsiste, la obligación principal no puede ser prescripta. Creemos que lo contrario debía deducirse del principio de que la fianza es un accesorio de la obligación de la deuda. Lo accesorio con todos sus efectos no puede ejercer influencia alguna sobre lo principal que tiene una existencia independiente de todos los accesorios.



CAPÍTULO III

DE LA PRESCRIPCIÓN PARA ADQUIRIR

§ 1084. — CONDICIONES DE LA PRESCRIPCIÓN PARA ADQUIRIR POSESIÓN

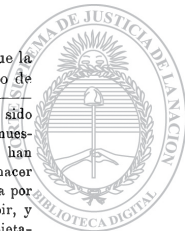


Como hemos dicho, la prescripción puede dividirse en prescripción propiamente dicha ó liberatoria, que produce el efecto de extinguir la obligación, ó en prescripción para adquirir ó usucapión, que produce el efecto de hacernos adquirir la propiedad de un inmueble.

Tratamos en este capítulo de la usucapión, que está sometida á las siguientes reglas, en lo que se refiere á la posesión de la cosa :

1ª *El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título, prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años, si el verdadero propietario habita en la provincia, donde el inmueble está situado; y por veinte años si está domiciliado fuera de ella (art. 3999);* es decir, que la prescripción cubre y hace desapa-

(**Art. 3999.**) El artículo, tomado al pie de la letra del art. 2265, Cód. Francés, nos ha traído las dificultades suscitadas con motivo de su incorrecta redacción, porque comienza por hablarnos de la habitación del verdadero propietario, para concluir con la del domicilio. El Dr. Velez-Sarsfield, en la precipitación con que elaboró tan vasto y laborioso proyecto, no ha tenido tiempo, muchas veces, para resolver las cuestiones suscitadas entre los comentadores. La primera dificultad que se presenta es, si se deben considerar como sinónimas las palabras *habitación y domicilio* del propietario; la segunda, si comprende únicamente el domicilio real, ó si la disposición se aplica también al legal.



recer cualquier vicio que pudiera tener la adquisición, porque la propiedad se adquiere por la tradición y el título traslativo de

Para resolver la primera, es necesario ir á investigar cual ha sido la intención del legislador francés, ya que hemos incorporado á nuestro Código una disposición francesa, sin dar los motivos que han guiado al legislador argentino; pero en primer lugar es necesario hacer notar, que el artículo incorporado á nuestra ley civil, tiene en vista por una parte, la situación que ocupa el inmueble que se debe prescribir, y por la otra investiga la residencia ó habitación del verdadero propietario, sin tener en consideración la presencia ó la ausencia del poseedor que prescribe la cosa; así, la expresión entre *presentes* ó *entre ausentes* de que uno se ha servido, no tiene aplicación, porque la ausencia ó la presencia debe ser en relación al propietario en el lugar donde está situado el inmueble. El orador del gobierno francés al dar las razones en que se fundaba este sistema decía: el objeto que se propone es de dar á aquél que posee un favor más grande en razón de la negligencia del propietario, y esta falta es sin duda más grande cuando está presente. Pero los que no la han atribuido sino á la presencia del propietario y del poseedor en el mismo lugar ó un lugar vecino, no han pensado que los actos posesorios se ejercen sobre la misma heredad. Es, pues, por la distancia á la que el propietario se encuentra de la heredad, que es más ó menos llevado á mantenerse en posesión; no sacaría instrucción alguna de la vecindad del nuevo poseedor.... Esta regla ha debido cambiar con nuestras costumbres, y el voto de la ley se llenará, considerando al verdadero propietario como presente, cuando *habita* en la jurisdicción del tribunal donde está situado el inmueble», y estas palabras vienen á destruir la antigua regla de la prescripción entre presentes y ausentes, que se refería al propietario y al poseedor que prescribía la cosa, relacionándola con la residencia de ambos, cuando se debe atender únicamente á la del propietario. Pero como se habrá notado, el orador del gobierno habla del propietario que *habita* en la jurisdicción del tribunal, y parece que en su pensamiento se debe atender á la residencia ó habitación de éste, para decidir la cuestión habitación que puede ser independiente de su domicilio; idea que tiene su apoyo en Pothier, quien refiriéndose á las antiguas costumbres francesas que exigían la presencia del propietario y del poseedor dice: «para que el tiempo de la prescripción se juzgue que ha corrido entre presentes, basta que tanto el poseedor que prescribe como el propietario contra quien se prescribe, tengan su domicilio *de hecho* ó *su residencia* en la misma jurisdicción, aun cuando este domicilio no fuera el domicilio de derecho». Como se ve, tanto el ora-

dominio, y el tiempo de posesión exigido por la ley para la prescripción sólo consolida la propiedad facultándolo para rechazar

dor del gobierno, como Pothier se refieren á la residencia ó habitación del propietario, sin tener en cuenta el domicilio; lo que hace decir á Marcadé: «el objeto evidente declarado por la ley, es de tomar el plazo más breve ó el más largo, según que el propietario esté ó no en aptitud de saber fácilmente lo que pasa con relación á su inmueble, por la proximidad de ese inmueble. ¿No es evidente que cuando un propietario tenga su domicilio legal en una parte y su habitación de hecho en otra, es el hecho de su habitación, es su presencia efectiva y real en las cercanías del inmueble, y de ningún modo la relación puramente jurídica é ideal que constituye el domicilio legal que le pondrá en aptitud de ser fácilmente informado? La relación puramente intelectual y de convención: que se llama el domicilio no tiene aquí valor, es la presencia efectiva la que se exige».

Así, cuando una persona se encuentra en el caso del art. 94, teniendo establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, en que su domicilio es donde está su familia, si el inmueble se encuentra situado donde habita ordinariamente por tener establecido sus negocios, según la teoría defendida por Troplong, Duranton, Vazeille y Aubry y Rau, se consideraría ausente del lugar, y se le aplicaría la prescripción de veinte años, cuando en realidad está presente en los lugares donde se encuentra el inmueble, y ha podido ver que éste ha sido ocupado por otro sin su autorización; si ha consentido en esa ocupación. más aun, si ha tenido lugar á su vista y paciencia, ¿cómo podría después alegar que se ha encontrado ausente de ese lugar, sólo porque su familia estuviera establecida fuera de la provincia? Y no sería tan injusta la decisión que lo considerase presente en el lugar donde habita su familia, si allí estuviera situado el inmueble, porque ha tenido todos los elementos necesarios para conocer el estado en que éste se encontraba, y podido saber si estaba ocupado. En mi opinión se debe atender al domicilio de hecho, que, pone en aptitud al propietario de conocer personalmente lo que sucede con relación al inmueble, y de vigilarlo, pues seguramente esto se obtiene estando presente, habitando en los lugares donde se encuentra el bien, y no en el domicilio donde se hallare la familia, cuando el jefe de ella habita ordinariamente en otro lugar. Por mi parte creo que debe darse preferencia á la residencia ó habitación ordinaria del propietario; es decir, al hecho de la habitación; al domicilio de hecho, si nos es permitido expresarnos en esta forma incorrecta.

Como hemos dado mayor importancia á la habitación ó residencia





cualquiera acción. Esta regla no altera los principios de la suspensión y de la interrupción, por eso dice el artículo que la posesión

del propietario, no creemos que el domicilio legal pueda influir para considerar presente a una persona en el lugar donde debe estar, aunque no lo esté en realidad; pero como la ley considera como domicilio legal al lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente, resultará que debemos tener en cuenta ese elemento para juzgar de la presencia del individuo, combinándolo con la residencia efectiva. Así, el juez que desempeña sus funciones en la Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, y vive con su familia en la Capital Federal, no se puede decir ausente de la Provincia desde que allí ejerce sus funciones ordinariamente, y los bienes inmuebles que tuviere en esa Provincia se prescribirían según la regla de la presencia del propietario, es decir, en diez años con un título traslativo de dominio.

Por mi parte la cuestión no se debe decidir de un modo absoluto, y propondría la siguiente solución: cuando la habitación ó residencia habitual del propietario fuera la misma que su domicilio real, es evidente que se consideraría ausente ó presente según el inmueble se encontrase en la misma provincia ó fuera de su domicilio; pero en los casos en que el domicilio real de la familia fuera, por ejemplo en el Rosario, y la residencia habitual del propietario en Buenos Aires, donde se encuentra el inmueble, lo consideraría como presente, porque habita en la provincia; si por el contrario no habitase ordinariamente, se le tendría por ausente; así es que debe tomarse la palabra domicilio, en este caso, como sinónimo de residencia ó habitación ordinaria, subordinándola al hecho de estar ó vivir en el lugar donde se encuentre situado el inmueble.

No me parece que hagan fuerza las palabras de Aubry y Rau, que sostienen la opinión contraria, cuando dicen: «pero el argumento que se ha querido sacar, en este sentido, de las palabras del art. 2265, *si el verdadero propietario habita*, nos parece separado por las palabras que siguen del mismo artículo, y por el art. 2266, en que el legislador se ha servido de los términos *domiciliado* y *domicilio*. En efecto, el empleo de estas últimas expresiones, sobre cuya significación no hay duda posible, hace desaparecer toda incertidumbre en cuanto á la acepción en la que conviene tomar la palabra habitar, que puede aplicarse al domicilio como á la residencia. Agregaremos que la opinión contraria sería incompatible con el espíritu general de nuestra legislación sobre el domicilio.» A lo que contestaríamos, que nuestro artículo viene á completarse, por decirlo así, con el art. 4002, que dice: «si el propietario del inmueble



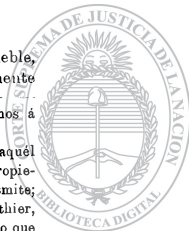
sión debe ser continua; pero además de esa continuidad, debe tener otras condiciones que más adelante examinaremos. En

estuvo parte del tiempo *presente* y parte ausente, etc. », lo que indica claramente que la presencia es necesaria, pero la presencia real y efectiva que se muestra por la residencia ó habitación en la provincia, no la que puede tenerse por el domicilio establecido en otra parte. ¿Se negaría, acaso, que el individuo hubiera estado presente, si tuviera su casa de negocio en la misma localidad donde residiese, y el inmueble estuviera situado allí? ¿Se podría llamar ausente porque tuviera su familia en otra provincia? Pero eso sería alterar los términos del artículo, que sólo exige que «el verdadero propietario *habite* en la provincia donde está situado el inmueble». Se daría mayor valor del que tiene á la expresión de «y por veinte años, si está *domiciliado* fuera de ella». Lo natural, es someter esta frase á la interpretación concordante con la palabra *habitación*, de que el legislador usa en su primera parte. Así, diremos, si la habitación ó residencia del propietario coincide ó es la misma que la de su domicilio, no hay dificultad alguna; pero si la residencia habitual es en una provincia, y su domicilio real en otra, por tener en ella su familia, se considerará *presente* en la provincia donde *habita* ó tiene su residencia ordinaria. Apoyan la teoría que sostenemos, COLMET DE SANTERRE, VIII, 372 *bis*, XVI. LAURENT, XXXII, 421. MARCADÉ, á los arts. 2265 y 2266, n° 5. DELVINCOURT, II, pág. 656. LEROUX DE BRETAGNE, n° 942. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, n° 691. En contra. TROPLONG, n° 865. DURANTON, XXI, 377. VAZEILLE, n° 503, y AUBRY y RAC, § 218, nota 38.

¿A quién corresponde la prueba de la presencia ó de la ausencia? Suponemos lo que es natural, que el propietario reivindique el inmueble demandando al que lo posee; el demandado se exceptiona alegando la prescripción de diez años entre presentes, con un título translativo de dominio. ¿A quién corresponde la prueba de la ausencia? ¿Se reputa, acaso, presente al propietario para que esté obligado á demostrar que ha estado ausente? No, no existe presunción alguna; pero el hecho alegado por él, lo coloca en el caso de probar su afirmación. El demandado opone la prescripción de diez años; el demandante alega que ha estado ausente, afirma un hecho que debe probar para gozar de la excepción.

Ahora estudiemos las condiciones que se requieren para la prescripción de que nos habla el artículo: el justo título y la buena fe.

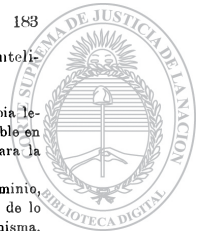
Cuando la ley habla del título en este caso, se refiere á la causa que ha dado origen y base á la posesión, es decir, el acto jurídico en virtud del cual se la toma, que no se debe confundir con el instrumento desti-



cuanto á la presencia ó ausencia del propietario del inmueble, en la provincia donde está situado, la estudiamos ámpliamente nado á probar la existencia del acto. Es de este título que vamos á hablar.

El artículo exige que sea *justo*. Se entenderá por título justo aquél que por su naturaleza misma tiene el poder de transferir la propiedad de la cosa, haciendo abstracción de la persona que lo transmite; es decir, si es propietario y tiene capacidad para enajenarla. Pothier, definía el justo título diciendo: «es un contrato ó un acto jurídico que por su naturaleza transfiere la propiedad por la tradición que se hace en su consecuencia», de modo que cuando no es transferida es por falta de derecho de la persona que hace la tradición, y no por defecto del título en virtud del que la tradición se hace. Así, un usurpador ó un detentador precario que enajena y transmite una cosa que otro adquiere en propiedad, teniendo lugar la tradición, produce un título justo para el adquirente que ignora esas circunstancias, título que sirve de base para la prescripción. Pero siguiendo el sistema de nuestro Código haría una excepción á estos principios, tratándose de las donaciones que producen un título traslativo de dominio, pero que siendo revocables ó anulables, una vez que ha tenido lugar la anulación ó revocación, la cosa debe volver á poder del enajenante ó de sus sucesores, libres de todo gravamen, sin que pueda alegarse la prescripción de diez y veinte años. Por eso hemos dicho en los arts. 1831, 1832 y 1855, que la donación era un título inseguro, sujeto á reducción ó á revocación por inejecución de los cargos. Se ha juzgado en repetidas ocasiones por las Cortes francesas, que la partición hecha por el ascendiente por medio de una donación no era un justo título, que autorizara á alegar la prescripción de diez y veinte años. Mr. Tabbé, defendiendo estas decisiones, dice: «el tercer adquirente en semejante caso ha consentido en ser causa habiente de un descendiente, ha recibido la cosa por una partición de su ascendiente; no puede decir que su título lo llama á una propiedad incommutable; él es llamado á una propiedad afectada con todas las causas de nulidad que puede esconder una partición de ascendientes. Tendría justo título si el vendedor se hubiera presentado como heredero *ab intestato*, ó como heredero único; pero el tercer adquirente sabía que el inmueble provenía de una partición de ascendientes. Él podía tener buena fe é ignorar las imperfecciones de su título, pero no tenía un justo título. No tenía una posesión á título de propietario irrevocable».

Así, pues, según las decisiones de la Corte Francesa, todo el que trasmite un título revocable, no tiene justo título. Esta teoría es comba-



en el comentario, al que nos referimos, para su completa inteligencia.

tida por Laurent y Baudry Lacantinerie; pero ante nuestra propia legislación no podría prosperar; porque un título revocable ó anulable en su esencia, no se puede decir que sea un título justo que sirva para la prescripción de diez y veinte años.

Por títulos justos entendemos que lo son, los traslativos del dominio, como la venta, permuta, dación en pago, legado, etc. El pago de lo indebido no es un justo título; tampoco lo es la herencia en sí misma, porque el heredero tiene los derechos de su autor, y adquiere la cosa en las condiciones que su causante la tenía. La transacción tampoco es un justo título respecto á los derechos litigiosos reconocidos; pero puede serlo con relación á las cosas que se hubieran cedido como condición de la transacción. El que posee más de lo que su título le confiere, tampoco tiene justo título en lo que posee de más. El título nulo por defecto de forma no es un justo título; así, por ejemplo, una venta de un inmueble hecha en instrumento privado. El título sometido á una condición resolutoria es un título justo; pero deja de serlo desde que la condición se realiza, y se considera como si jamás hubiera existido.

La buena fe, que es otra de las condiciones requeridas para la prescripción de diez y veinte años, consiste «en la creencia *sin duda alguna* del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa», según la expresión del art. 4006, mientras Dunod decía: «la buena fe en materia de prescripción consiste en la ignorancia del derecho de otro á lo que se posee», y Pothier, «la justa opinión que tiene el poseedor que ha adquirido el dominio de propiedad de la cosa que posee». Como se habrá visto, ninguno de estos autores exige la evidencia como nuestro artículo, porque el creerse propietario de una cosa sin duda alguna, es tener la evidencia; cuando bastaría la justa creencia para surtir los efectos necesarios á la prescripción. ¿Por qué ir á buscar la evidencia, exigiendo que el poseedor no tenga la más pequeña duda? Así, cuando compro un inmueble á otro, tengo derecho para considerarme dueño, y esta creencia debería bastar para los objetos de la ley; porque he considerado al vendedor como propietario con un título inatacable, de otro modo no hubiera realizado la compra.

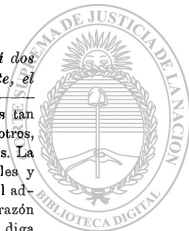
Los vicios del título del vendedor deben ser conocidos del comprador, cuando existen en el mismo instrumento; así, cuando ha comprado un inmueble sometido á una condición resolutoria, no podrá alegar la prescripción de diez y veinte años, porque sabía que su título era revocable, y que podría llegar un momento en que quedara sin efecto la adquisición.

2ª *Si la heredad que se prescribe pertenece pro-indiviso a dos propietarios, de los cuales uno esté presente y el otro ausente, el*

¿La buena fe puede fundarse en un error de derecho? Autores tan respetables como Aubry y Rau, Colmet de Santerre, Duranton y otros, sostienen la afirmativa, contra Laurent, Troplong, Marcadé y otros. La verdad es que tratándose de errores de derecho en materias difíciles y dudosas, en que haya decisiones diversas de nuestros Tribunales, el adquirente debiera ser protegido por la buena fe, pues habría tenido razón para creerse dueño de la cosa; por más que la máxima del art. 923 diga que el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos; es que no se trata en este caso de dejar sin efecto el acto. La ley no exige que el poseedor haya creído su propio título inatacable; debe bastarle que en el momento de su adquisición haya tenido esa creencia respecto del título de su autor, considerándolo inatacable. La Corte de Casación francesa ha decidido que, el comprador de un inmueble a una persona incapaz, conociendo su incapacidad, puede usucapir por diez y veinte años, si él *ha creído propietario al incapaz*. Igual cosa podría decirse de los títulos viciados con la nulidad por dolo ó violencia; pero me parece que es llevar demasiado lejos la aplicación del principio, y creo, como Laurent, «que si el autor no ha tenido el derecho de enajenar, y el poseedor lo sabía, no tenía buena fe, porque no podía creerse propietario, cuando sabe que su autor no ha podido transferirle la propiedad. La buena fe implica una creencia positiva, la convicción de que el autor del título era propietario y tenía el derecho de enajenar la cosa.»—Son de esta opinión, TROPLONG, II, 917. MARCADÉ, al art. 2265. LAURENT, XXXII, 406. TOULIER, VII, pág. 486.

Por mi parte, creo se debe aceptar esta teoría por ser más conforme con los principios del art. 923, haciendo la distinción que hemos indicado, cuando se tratase de cuestiones difíciles y dudosas, la ignorancia del derecho no debe perjudicar el título del adquirente, desde que en realidad no habría ignorancia en decidirse por una opinión, rechazando la contraria.

En cuanto á la prueba de la buena fe, para determinar quién debe darla, partimos del principio consagrado por el art. 2362, que todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, con excepción de aquellos casos en que la ley la presume. En este caso, la mala fe debe probarse por quien rechaza la prescripción, y esa prueba puede darse, según las reglas del derecho común, admitiéndose la testimonial.—Véanse arts. 2510, 2606, 2924, 4000, 4002, 4003, 4006 á 4012, 4015 á 4017.





poseedor de diez años sólo adquiere la parte del presente, pero necesita otros diez años para prescribir la parte del ausente. Si la

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3999.—L. 18, Tit. 29, Part. 3^a.—Cód. Francés, art. 2265.—Napolitano, 2171.—De Luisiana, 3435.—Instit., Lib. 2, Tit. 4, § 2.

Si el justo título y la buena fe son dos condiciones distintas, no son, sin embargo, dos condiciones independientes. El que quiera prescribir, debe probar su justo título, pero el mismo justo título hará presumir la buena fe. Para la percepción de los frutos, la buena fe es la única condición exigida al poseedor para hacer suyos los frutos, y el justo título no es requerido sino como elemento de la buena fe.

La prescripción que determina el artículo, no es rigurosamente de adquirir: la cosa está ya adquirida con título y buena fe. La prescripción en tal caso no hace más que consolidar la adquisición hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda acción de reivindicación. La posesión debe ser legal y sin los vicios de precaria, clandestina, ó violenta.

Fallos de la S. C. N. — *Aplicación del art. 3999.* — Estando domiciliado el verdadero propietario de un inmueble, fuera de la provincia donde se halla situado, se requiere una posesión de 20 años para la prescripción. — LIII, 5.

La posesión continua de un campo por más de 30 años, con buena fe y justo título, transferido por un poseedor de más de 30 años á título hereditario, hace prescribir cualquier derecho que alegue un tercero. — XVIII, 66.

La prescripción ordinaria de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, no se opera en favor del poseedor, sino cuando éste ha adquirido el inmueble con justo título y buena fe; y la donación de una parte de él, hecha á favor del poseedor, excluye la presunción que éste hubiera podido creerse propietario exclusivo, como lo requiere para que haya buena fe, el artículo 4006, Código Civil, de la parte no comprendida en la donación y que el donante reservó para sí. — XXXV, 19.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — *Aplicación del art. 3999.* — El poseedor de un inmueble, de buena fe y con justo título, por espacio de diez años continuos, prescribe la propiedad aun contra el Fisco ó Municipio. — Jur. Civ., I, 311, Ser. 1^a.

La posesión por veinte años á nombre de otro, como precaria, no puede conceptuarse de buena fe, ni conceder los derechos que la ley sólo reconoce al poseedor á nombre propio. — Jur. Civ., I, 523, Ser. 2^a.

La posesión tranquila durante veinte años de bienes adquiridos de buena fe y á título oneroso, hace procedente la excepción de prescripción. — Jur. Civ., VII, 547, Ser. 1^a.

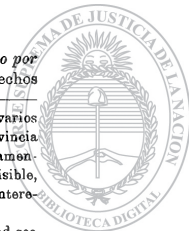
La posesión durante veinticuatro años con justo título y buena fe hace procedente la adquisición por prescripción. — Jur. Civ., VIII, 42, Ser. 1^a.

Para que la prescripción de diez años baste para adquirir la propiedad, se requiere justo título. — Jur. Civ., III, 543, Ser. 2^a.

La posesión tranquila durante diez años con justo título y buena fe entre presentes es bastante para adquirir el dominio. — Jur. Civ., IX, 207, Ser. 1^a.

La prescripción de diez años es procedente siempre que exista título y buena fe de parte del poseedor. — Jur. Civ., IV, 183, Ser. 2^a.

La posesión no cubre por sí sola las imperfecciones de un título, ni crea título suficiente sino en tanto se justifique que ella reúne los caracteres que



cosa era indivisible, la prescripción no podrá cumplirse sino por veinte años de posesión (art. 4000); porque cuando los derechos

(Art. 4000.) Se trata de una cosa poseída proindiviso entre varios propietarios, de los que unos se encuentran presentes en la provincia donde está situado el inmueble, y los otros ausentes, caso completamente diferente de la hipótesis del art. 3996, cuando el objeto es indivisible, en que la interrupción de la prescripción hecha por uno de los interesados aprovecha á los demás.

En el caso de la primera parte del artículo, aunque la heredad sea indivisible, como se trata de adquirir por prescripción el derecho de cada uno de los copropietarios, los que están presentes lo pierden á los diez años y los ausentes á los veinte, sin atender á la divisibilidad ó indivisibilidad de la cosa sobre que se tiene el derecho; por esa razón no creemos justificada la expresión usada en la última parte del artículo, cuando dispone que, correrá la prescripción de veinte años, si la cosa fuera indivisible y uno de los copropietarios estuviera ausente. Y para demostrar el error de concepto cometido por Troplong, de donde ha tomado nuestro Código el presente artículo, nos bastará ir á la fuente de donde aquel autor tomó la doctrina. Dice Troplong, n° 868: «si la cosa fuera indivisible, la prescripción no podrá cumplirse sino por veinte años»,

son suficientes para oponer la prescripción adquisitiva: no basta alegarla. — Jur. Civ., IX, 230, Ser. 2°.

Procede la excepción de prescripción de diez años entre presentes, siempre que se justifique la buena fe y el justo título. — Jur. Civ., II, 13, Ser. 4°.

La posesión continua por más de diez años con buena fe y justo título, hace procedente la prescripción entre presentes. — Jur. Civ., X, 178, Ser. 3°.

La posesión no interrumpida por espacio de veinte años, con buena fe y justo título, basta para adquirir la propiedad, y en consecuencia, justificados esos extremos, debe rechazarse la acción reivindicatoria. — Jur. Civ., II, 283, Ser. 5°.

Para rechazar la reivindicación deducida por la Municipalidad sin título especial, el demandado debe justificar que los terrenos materia de la acción, salieron alguna vez del dominio público, ó bien, que los adquirió por prescripción. — Jur. Civ., IV, 130, Ser. 6°.

Si existen derechos contradictorios, no procede la información sumaria, para probar la adquisición del dominio por haber poseído durante el término que la ley requiere para la prescripción. — Jur. Civ., IX, 100, Ser. 4°.

Es procedente la adquisición del dominio, aun contra el Fisco, por la posesión con justo título y buena fe, durante más de cuarenta años. — Jur. Civ., III, 312, Ser. 2°.

No puede adquirir por prescripción el poseedor á nombre de otro. — Jur. Civ., II, 459, Ser. 1°.

La excepción de prescripción excluye la idea de dominio por otro título. — Jur. Civ., I, 65, Ser. 1°.

de los condóminos admiten división, aplicando los principios de los arts. 3992 y 3993, no hay razón para que el presente beneficie

citando en apoyo de esta proposición á Pothier, *Presc.*, n° 111, y este autor dice á su vez, hablando del caso en que los copropietarios estén presentes y ausentes: «cuando la cosa que forma la materia de la prescripción es un *derecho indivisible*, la prescripción no podrá cumplirse sino por veinte años de posesión; porque una cosa indivisible no siendo susceptible de partes, no puede adquirirse por partes sino por el total; los poseedores de este *derecho indivisible* no pueden, pues, adquirir la prescripción sino contra todos». Lo que es exacto, porque Pothier habla de un derecho indivisible, como sería una servidumbre que no es posible adquirirla por partes, pues si uno de los condueños del inmueble sirviente no se encontrare en la provincia donde está situado el inmueble, como la servidumbre es indivisible, no la adquiriría el dueño del predio dominante sino por la prescripción contra ausentes. Se trata de derechos indivisibles y no de cosas. Las cosas pueden ser indivisibles en el sentido del art. 667, pero esa indivisibilidad no obsta á la adquisición del derecho por prescripción, de la parte que le corresponda á uno de los condóminos; porque una casa perteneciente á dos propietarios proindiviso, es sin duda indivisible; pero no así la adquisición del derecho; pues si suponemos que un tercero que se diga copropietario me enajena su parte en la casa, y yo la poseo con el otro propietario ejerciendo actos de dominio durante diez años en presencia del verdadero copropietario, yo adquiero su derecho aunque el otro copropietario estuviere ausente, porque no perjudico el derecho de éste ni lo pretendo. ¿Por qué necesitaría veinte años, cuando mi objeto es adquirir sólo la parte del que está presente? Se comprenderá así el error de la expresión usada por el artículo confundiendo *la cosa indivisible* susceptible de prescribirse por partes, con el *derecho indivisible* que abraza todo el conjunto, y que no se puede tener sino en el todo. Así, por ejemplo, la servidumbre de luz sobre un inmueble que pertenece proindiviso á dos propietarios, uno de los que está presente y el otro ausente, no podrá adquirirse sino por la prescripción que corresponde al ausente, porque el derecho no es susceptible de división, ó se tiene la ventana ó no se la tiene; no se la puede poseer por una mitad ó una tercera parte. Pothier, al establecer el principio de la indivisibilidad del *derecho*, se ha querido referir únicamente á las servidumbres ú otros derechos análogos en que hay imposibilidad de poseerlos por partes. Esta crítica está destinada á corregir el error en la expresión del artículo que debe decir: «si el *derecho era indivisible*, la prescripción no podrá cumplirse sino por veinte



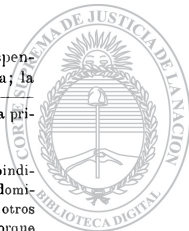
de la posesión del ausente, como no aprovecharía de la suspensión, si su condómino fuera menor ó incapaz bajo curatela; la

años de posesión», y así debe entenderse para armonizarla con la primera parte.

Ahora estudiemos el artículo.

Quando son varios los copropietarios de un inmueble poseído proindiviso, que es el caso de que hablamos hace un momento, y unos están domiciliados en la provincia donde se encuentra situado el inmueble y los otros fuera, ese inmueble aunque indivisible en el sentido del art. 667, porque no se puede dividir en tantas partes iguales entre sí, semejantes al todo, se puede adquirir por prescripción en partes determinadas; es decir, el derecho de cada propietario, por un tiempo diferente, de modo que el poseedor puede oponer la prescripción al reclamante, aunque no pudiera oponerla a los otros condóminos. Supongamos, una casa poseída proindiviso por A, B y C; que esa casa vendida por P á H, es poseída durante diez años por el comprador con un título traslativo de dominio. La reivindica A, que estaba presente en la provincia, y se rechaza la acción alegando la prescripción de diez años; pero A, alega que B, es menor, que contra él no corre la prescripción y que C, está ausente; el artículo dice: el comprador ha adquirido la parte del presente, y no podrá adquirir las otras dos partes sino cuando haya poseído veinte años contra el ausente, y con respecto al menor, cuando hubiere llegado á la mayor edad y la prescripción principiase á correr. Así es que la casa ha podido adquirirse por partes indivisas é ideales hasta completar el total, ó quedar como condóminos con aquellos contra quienes no pudo prescribir. En el caso propuesto, si la prescripción había comenzado á correr durante cuatro años contra el causante de B, que lo deja por heredero, teniendo 18 años, la prescripción se habría suspendido durante cuatro años, y como lo suponemos presente, necesitaría seis años más para prescribirla en su contra; es decir, 14 años, mientras que contra el ausente necesita 20 años; así, pues, habrá necesitado 10 años para adquirir la parte de A, 14 años para la de B, y 20 para la de C. Esto es lo que justamente dice el artículo.

Aubry y Rau, § 218, texto á la nota 40, que han inspirado el presente artículo, dicen: «cuando, de varios propietarios de un inmueble, los unos están domiciliados en la jurisdicción de la Corte imperial en que el inmueble está situado, y los otros fuera de dicha jurisdicción, la prescripción se cumple por diez años respecto á los primeros por *sus partes indivisas*, sin que puedan prevalerse de que el tiempo requerido para el cumplimiento de la usucapión, respecto de los copropietarios, no se ha cumplido»: porque cada uno pierde ó conserva su parte indivisa según el





prescripción correría contra el mayor, á menos que el derecho fuera indivisible, como si se tratase de la adquisición de una servidumbre ó cosa semejante.

3ª *La causa, naturaleza y los vicios de la posesión del que enajenó el inmueble, no son considerados para la prescripción establecida por el artículo anterior (art. 4001);* porque el adquirente

tiempo y la situación en que se encuentre con relación al inmueble, y con completa independencia respecto á la parte que cada uno tuviera en la cosa. Se puede decir que lo que se prescribe es el derecho indiviso que tiene en la cosa, y como una consecuencia la parte que le corresponde en ella. Por eso incurren en error los que creen encontrar comprendido en la última parte del artículo, como cosa indivisible, «un edificio, que no es susceptible de división sin quedar completamente inutilizado, sea por su forma ó por su extensión, diciendo, es indivisible según el art. 2326, y según la nota del codificador al art. 669»; porque esa indivisibilidad no impide prescribir el derecho que comprende una parte de ese inmueble, y que es susceptible de perderse; pues se adquiere por prescripción una tercera ó cuarta parte de una cosa; pero no se puede adquirir la mitad ó la tercera parte de una servidumbre de sacar agua, por ejemplo; porque es un derecho indivisible. Es necesario no confundir *una cosa indivisible* que se puede adquirir por partes, con un *derecho indivisible* que sólo puede adquirirse en su totalidad, pues la menor parte importaría la adquisición de todo el derecho.

Algunos han creído encontrar ambigüedad en las palabras de Aubry y Rau que dejamos transcritas, porque han confundido *las cosas* indivisas con los *derechos indivisos* de que habla Pothier. En cambio, Zachariæ, § 854, texto á la nota 23, no ofrece duda alguna cuando dice: «si el inmueble debe ser usucapido contra varias personas, el tiempo necesario para la usucapición debe ser calculado con relación á cada una de ellas en particular, según las reglas que les son propias»; porque cada uno tiene un derecho que le es propio y que no amengua el de sus condóminos, y lo ejercen en la parte ó medida que les corresponde; lo que no sucede con aquellos derechos en que necesariamente cada uno los ejercen en su totalidad, como sucede con las servidumbres, que no son susceptibles de usarlas por partes.—Véanse arts. 667, 678, 2359, 3982, 3999 y 4002.

(Art. 4001.) El artículo se refiere á la enajenación por título singular, que no perjudica la causa de la posesión del enajenante, ni influye

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4000. — Troplong, Prescrip., n° 838.



no responde de esos vicios que no van unidos á la cosa, sino que permanecen en la persona del que la enajenó; como si el con-

sobre la posesión del adquirente; porque éste tiene su título del acto jurídico en virtud del que se le ha transmitido la cosa, sin que tenga necesidad de remontarse á la causa ó naturaleza del título del enajenante, sino cuando quisiera unir la posesión adquirida con la del que les transmitió la cosa. Por esa razón, sólo es cierto en parte, el principio sentado por el artículo, cuando dice: no son considerados para la prescripción, la causa, naturaleza y vicios de la posesión, pues únicamente es verdadero cuando el adquirente alegare su propia posesión; no, si quisiera prevalerse de la de su causante para completar la que tuviera.

Si estudiamos el primer caso, como por ejemplo, cuando la causa de la adquisición hubiera provenido de un acto ilícito ó inmoral que pudiera alegarse contra el adquirente, y que diera motivos para anularlo, esa causa no pasará ni podrá deducirse contra el tercer poseedor de buena fe, cuando éste hubiera poseído la cosa durante el tiempo prescripto por la ley, y en ese sentido se puede decir, que esa causa no es considerada para la prescripción, porque no le daña, pues es un sucesor singular; lo contrario habría sucedido si fuera universal, porque entonces representa á su causante y se reputa como si fuera la misma persona.

En cuanto á la naturaleza del contrato ó acto de adquisición que ha servido para dar la posesión al enajenante, tampoco puede perjudicar al adquirente de buena fe; pero si resultase del título mismo que no tiene derecho para enajenarla, por ser ajena, no podría alegar buena fe para prescribirla. Con relación á los vicios de dolo, fraude, error, violencia, etc., que tuviere el título de adquisición, no sólo puede invocar el poseedor la prescripción ordinaria de diez y veinte años, sino que en nombre de su causante y ejerciendo sus derechos puede alegar la prescripción de dos años autorizada por el art. 4030 para decir de nulidad de los actos jurídicos.

Así es que según el artículo que estudiamos, el legislador faculta á cualquiera, para enajenar la cosa de otro invocando falsamente un título cualquiera, diciendo que la cosa es de su propiedad y puede enajenarla transfiriendo á otro la propiedad de ella. Pero apresurémonos á decir, que tales enajenaciones no pueden tener lugar en la Republica, dado el sistema adoptado; porque el registro de la propiedad que rige en toda la nación impediría esas usurpaciones, desde que el oficial encargado del registro se negaría á tomar razón de semejantes enajenaciones, pues constando que la propiedad pertenece á A, no inscribiría la transmisión que hubiera hecho B, en favor de C, pues ha vendido lo que no le pertenecía.

trato de enajenación hubiera sido el resultado de la violencia ó de la fuerza, el adquirente de buena fe adquirirá definitivamente.

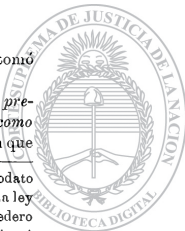
Sin embargo de esta garantía, el adquirente podría alegar la prescripción de diez y veinte años contra el verdadero propietario, porque el art. 239 de la ley sobre organización de los tribunales de la Capital federal, sólo ordena que no tendrán efecto contra tercero, sino desde el registro, y el propietario no es un tercero. Estas enajenaciones son casi imposibles en la Capital federal, porque el art. 240 de la citada ley, prohíbe á los escribanos, bajo pena de destitución, el otorgar escrituras de enajenación sin tener á la vista el certificado del registro de la propiedad.

Y para que se juzgue del alcance que el codificador argentino ha querido dar á esta disposición, indicándonos en la nota que tomó el artículo de Vazeille, n° 463, vamos á transcribir lo que dice este autor: «habiendo sido concebida la ley en términos generales, y no estableciendo excepción, no hay diferencia que hacer, para la prescripción, entre las diversas personas que se permiten disponer de la cosa de otro; ellas pueden igualmente dar á los terceros títulos que los autoricen para prescribir. Que se adquiera de aquel que la detenta sin título, de aquel cuya detención está fundada en un título precario, de aquel que no la detenta, si él puede hacer la tradición, del marido, del tutor, del administrador..... si procede de buena fe, adquiere el derecho de prescribir por su propia posesión», sin que pueda unir ésta á la de su causante cuando fuere viciosa. Es que el poseedor á título singular comienza á prescribir con su título, desde el momento en que se le ha dado la posesión, y si bien tiene el derecho de unir esta posesión con la de su causante cuando no fuere viciosa, no le perjudica en caso no pudiera prevalecerse, siempre que hubiese tenido buena fe en el momento de la adquisición; pero en la percepción de los frutos, debe tener buena fe en cada percepción, pues cada una de ellas se considera como separada.

Se debe hacer una distinción en lo que se refiere á algunos detentadores precarios; por ejemplo, cuando el marido enajena una propiedad de la mujer, ó si el tutor vende un bien raíz de su pupilo, en uno y otro caso la prescripción se suspende; es decir, no corre hasta que el matrimonio no se haya disuelto ó el menor hubiera alcanzado á la mayor edad, desde cuyo momento comienza recién á correr.

El título *pro herede*, ó más bien dicho, el título que da la sucesión, autoriza á prescribir, cuando aquel á quien se sucede estuviera prescribiendo; pero si por el contrario poseyera la cosa con un título precario, como el sucesor ha reemplazado á su causante y es la continuación de





mente la propiedad por la prescripción, á contar desde que tomó la posesión de la cosa.

4ª *Si el propietario del inmueble estuvo parte del tiempo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se contarán como uno para completar los diez años del presente (art. 4002), sin que*

su persona, no ha podido prescribir la cosa que éste poseía en comodato ó en depósito, y continúa poseyéndola con la misma causa, aunque la ley ha hecho una excepción en los arts. 2212 y 2272, cuando el heredero enajenase las cosas creyéndolas de su causante, en que sólo lo obliga á devolver el precio recibido. Así, pues, aplicando la disposición de este artículo, diremos, que no comprende el título de heredero ó de sucesor universal; porque entonces los vicios de la posesión de su causante, pasan al heredero como si fuera la misma persona; por esa razón criticamos lo dispuesto en los arts. 2212 y 2272.

Cuando el adquirente por título singular ha alegado la prescripción de diez ó veinte años, venciendo en el juicio contra el reivindicante, no creo, como algunos, que éste pueda dirigir su acción contra el enajenante de mala fe, porque eso sería resucitar la acción extinguida. Para darnos cuenta del caso, pongamos un ejemplo: A, es dueño de un terreno, B, lo ocupa y comienza á prescribir, si lo enajenase á C, entregándole la posesión, y éste lo poseyera durante diez años con buena fe, y estando en la provincia el verdadero propietario que entabla la reivindicación y es vencido, no podría deducir su acción contra B, por el importe del terreno, alegando que él no lo pudo prescribir sin título sino por treinta años; y por la enajenación dolosa que hizo se ha adquirido por diez años; porque la ley sólo le acuerda la reivindicación con una acción directa para reclamar el inmueble. En el tomo VII, pág. 215 de esta obra, comentando el art. 2779, dijimos, que la acción subsidiaria sólo se aplicaba en la reivindicación de cosas muebles, porque en los inmuebles se debe reclamar la cosa directamente. — Comp. LAURENT, XXXII, 427 y 428. VAZEILLE, 463. — Véanse arts. 2354, 2475, 3270, 3273, 3274, 3959 y 4005.

(Art. 4002.) Nuestro artículo, tomado del art. 2266, Cód. Francés, como lo indica la nota, ha salvado la crítica que todos los comentadores franceses hacen á la redacción de este artículo en la parte que dice: «es necesario, para completar la prescripción, agregar lo que falte á los diez años de presencia, un número de años de ausencia doble de lo que falte á los diez años de presencia», como lo hace notar Marcadé, pues se debe

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4001. — Vazeille, Prescrip., n.º 469 y 470. — En contra, LL. 19 y 20, Tit. 2º, Part. 3ª.

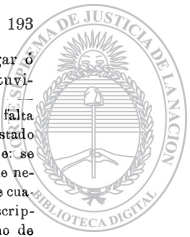
se haga distinción sobre si tuvo ó no su domicilio en el lugar ó provincia donde está situado el inmueble, pues como lo sostuvi-

agregar á los años de presencia un número de años dobles de lo que falta para completar los diez. Así, por ejemplo, si el propietario ha estado presente dos años en la provincia donde estaba situado el inmueble: se agregarán ó contarán diez y seis años de ausencia, de modo que necesitará para prescribir la cosa diez y ocho años; si estuvo presente cuatro años, se contarán doce años de ausencia, y la cosa se habría prescrito á los diez y seis; si estuvo presente seis años, se agregarán ocho de ausencia, lo que harían catorce; finalmente, si hubiera estado presente nueve años, se agregarían dos de ausencia, y la cosa se prescribiría á los once; de modo que se toma como punto de partida el tiempo de presencia, y se dobla el que falte hasta completar los diez años, así, cuando hubiera estado presente seis meses, los nueve años y medio que faltan para los diez, se doblarán convirtiéndose en diez y nueve, y la prescripción se habría cumplido á los diez y nueve años y medio.

Como lo hicimos notar en el art. 3999, el legislador ha abandonado las expresiones corrientes en la antigua legislación, de presentes y ausentes para servirse de las palabras, habitación ó domicilio en la provincia donde está situado el inmueble; sin embargo, en el art. 4000 y en el presente vuelve á usar de la antigua terminología de *presentes* y *ausentes*; pero debemos darle la interpretación del art. 3999, de habitación en la provincia, aunque tenga en otra parte el domicilio; y haremos notar que esto no altera la relación entre el propietario y el inmueble que se prescribe según esta relación, sin tener en cuenta la posición del que adquiere el inmueble, que puede estar presente ó ausente, siu que influya esta circunstancia para adquirir.

De la regla contenida en el artículo resulta lo dicho en el art. 4000, cuando el inmueble perteneciera á varios proindiviso, pues los presentes en la provincia perderían su parte indivisa á los diez años, sin que pudieran prevalerse del tiempo que necesitan los ausentes.

Ahora se pregunta, si el Estado general ó particular se puede reputar presente ó ausente para perder las cosas por prescripción. Si suponemos vendido un inmueble que corresponde á la provincia ó á la nación, ¿el adquirente puede alegar la prescripción de diez años, como si estuviera presente? En nuestro sistema de gobierno federal se pueden considerar á las provincias como otros tantos Estados independientes, y cuando uno de ellos posea bienes en otro, se debe reputar ausente y computarse el término en ese sentido; pero se juzgará que está presente en todo el territorio sometido á su jurisdicción, pues lo está por medio de los



mos en el comentario al art. 3999, bastará que el propietario habite en la provincia donde está situado el inmueble, aunque no tenga su domicilio.

5° *Se presume que el poseedor actual, que presente en apoyo de su posesión un título traslativo de propiedad, ha poseído desde la fecha del título, si no se probare lo contrario (art. 4003); por*

funcionarios públicos encargados de representarlo. En cuanto a la nación está presente en todo el territorio donde tiene sus empleados, y no puede alegar ausencia con respecto á los bienes situados en cualquiera parte dentro de su territorio.—Comp. LEROUX DE BRETAGNE, n° 944. LAURENT, XXXII, 419.

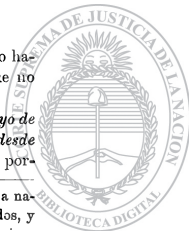
¿A quién corresponde la prueba de la presencia y de la ausencia? Dijimos en el art. 3999, que el demandante que reivindica la cosa y á quien se le opone la prescripción de diez años entre presentes, debe demostrar su afirmación de que estuvo ausente, sea todo ó parte del tiempo; no es porque la ley presuma la presencia del propietario en el lugar donde se encuentre situado el inmueble, presunción que bien pudo crear sin peligro alguno; pero que no ha hecho; sino por el hecho real y evidente de que el poseedor alega la prescripción de diez años y para combatirla el demandado está obligado á demostrar que ha estado ausente y no le rige el término de los diez años. — Véanse arts. 3999 y 4000.

(Art. 4003.) El fundamento del presente artículo se encuentra en la prescripción del art. 2445, cuando establece que la posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, y que esa voluntad se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria, así como en el art. 3790, en que, cuando se presentase un título de propiedad anterior á la posesión del demandado, y éste no lo presentare, se presume que el autor del título era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica; de estas dos presunciones, nace, se puede decir, la del presente artículo, en que la ley presume, salvo la prueba

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4002. — L. 20, Tit. 29, Part. 3°. — Cód. Francés, art. 2245, y Troplong, sobre dicho artículo. — Napolitano, art. 2172. — De Luisiana, 3443.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4002. — El término de 15 años no es bastante para prescribir contra el dueño que ha estado presente sólo un año, nueve meses y quince días. — XXXIII, 375.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4002. — Al que alega la ausencia para interrumpirla, corresponde la prueba. — Jur. Civ., VII, 417. Ser. 1°.

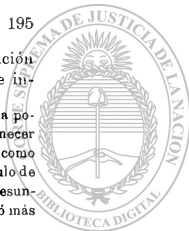


que tiene los dos hechos necesarios para crear una presunción en su favor; la posesión en el momento en que la acción se in-

en contrario, que el que presentare el título translativo es el que ha poseído la cosa. Hay, pues, una presunción que es necesario desvanecer por una prueba contraria, y esa presunción lleva consigo esta otra, como una consecuencia necesaria: el poseedor actual que presenta un título de dominio, habiendo poseído desde la fecha de su título, según la presunción establecida, se reputa haber poseído en el tiempo intermedio, ó más bien dicho, esa posesión no ha sido interrumpida.

Hay algunos autores argentinos que creen necesaria la presunción del art. 2234 del Cód. Napoleón, de que el poseedor actual que prueba haber poseído antiguamente, se presume haber poseído en el tiempo intermedio, cuando de los términos de nuestro artículo se desprende esa presunción; porque si el poseedor actual se presume que ha poseído la cosa desde la fecha del título presentado, con mayor razón la habrá poseído durante el tiempo intermedio. Por el contrario, nuestro artículo es más enérgico y eficaz que el del Cód. Francés, porque no exige al poseedor actual la prueba de haber poseído anteriormente, le basta con demostrar la posesión actual y el título con que posee, para que el adversario esté obligado á desvanecer la presunción que la ley ha creado en su favor, de que su posesión tiene la fecha del título. Se pueden aplicar á nuestro artículo las palabras de Marcadé, cuando dice: «el poseedor no tiene que dar la prueba de la continuidad ó de la no interrupción de la posesión durante el tiempo que haya durado, desde el momento que poseyendo hoy, él prueba haber poseído anteriormente, y la ley saca ella misma de estos dos hechos la presunción de que su posesión ha continuado durante todo el tiempo intermedio, salvo al adversario el probar que ha ocurrido lo contrario.» En derecho francés, hay que demostrar la posesión actual y la antigua para que se pueda legalmente presumir la posesión intermedia; según nuestro Código, basta la posesión actual y el título translativo para que la presunción exista; ha poseído desde la fecha que el título indique, salvo la prueba contraria.

Nuestro artículo ha sido tomado casi al pie de la letra de Aubry y Rau, § 217, texto á la nota 17; pero estos autores hacen una excepción que es necesario estudiar bajo el imperio de nuestra legislación; transcribiremos todo el párrafo para darnos cuenta de la excepción: «el poseedor actual, que presente en apoyo de su posesión, un título translativo de la propiedad, se presume que ha poseído desde la fecha del título. Esta presunción, generalmente admitida como presunción de hecho, dejaría, sin embargo, de ser aplicada, si se alegare que el autor del poseedor





terpone, y el título que lo acredita propietario. No es necesario que la posesión sea personal, basta que otro la tenga en su nombre para que la presunción sea favorable.

actual, no había tenido él mismo la posesión desde la fecha del título por él concedido, y que éste último no pudiera probar la inexactitud de esta alegación.» Es decir, estos autores suponen el caso en que el enajenante no hubiera estado en posesión de la cosa, habiendo vendido sus derechos y acciones, y el adquirente hubiera tomado posesión posteriormente; en ese caso la presunción de la ley no tiene lugar, porque cede ante la evidencia del hecho contrario; pero es necesario que se encuentre demostrado en la escritura misma, pues de otro modo no basta alegarse que el causante no ha tenido la posesión para que la presunción desaparezca; por el contrario, el poseedor con título tiene la presunción de poseer la cosa desde la fecha del título, presunción que es necesario desvanecer.

La presunción no es de *hecho* como lo suponen Aubry y Rau, porque si bien se trata de un hecho como es la posesión, la presunción creada por la ley en beneficio del adquirente es de derecho, como todas las de su especie, porque se presume siempre un hecho, y cuando la ley no admite la prueba en contrario, se dice que la presunción es de hecho y de derecho, como en el caso del art. 242, en que se presume concebido en el segundo matrimonio al hijo nacido después de los ciento ochenta días de su celebración; aquí hay un hecho: el de la concepción, que la ley supone realizado, sin admitir prueba en contra.

Para que la presunción tenga lugar, es necesario que el título sea traslativo de la propiedad; sea venta, permuta, donación ó cualquier otro que la transfiera, y aunque esté sujeto á revocación, como sería la venta con pacto de retroventa.

El reivindicante que ataca el título del poseedor actual ó la posesión que se atribuye, necesita demostrar actos positivos de interrupción, porque al poseedor con título le basta el ánimo de continuar poseyendo la cosa que se le entregó; así dice Troplong, 422, «el reivindicante debe articular que á la posesión le ha faltado continuidad, y se siente que él escollaría en su pretensión, si se limitara á sostener el hecho negativo de una pura abstención de parte del poseedor..... Es, pues, necesario que no sólo demuestre la abstención del poseedor, sino aun el hecho activo de un tercero que hubiera venido á entrometerse en su goce, y atribuirse los provechos». Así, cualquiera que hubiera desposeído al actual tenedor de la cosa por un año, y se probase el hecho, se tendría por interrumpida la prescripción, y perdido el tiempo corrido hasta la interrupción; pero

6ª *El sucesor universal del poseedor del inmueble, aunque sea de mala fe, puede prescribir por diez ó veinte años, cuando su au-*

desde ese hecho en adelante comenzaría á correr una nueva. La interrupción operada por la demanda ó sea la civil, por oposición á la natural, sólo aprovecha al demandante.

El artículo viene á decidir la controversia suscitada en derecho francés, sobre si probada la posesión antigua, quedaba demostrada la actual. Pero como la posesión actual es un hecho presente, que está á la vista y puede probarse á la evidencia, no hay que ocurrir á las presunciones, es por esta razón que nuestro artículo habla del poseedor actual, teniendo en cuenta que lo es el que hace años entró en posesión de la cosa y permanece en ella. ¿Por qué ocurrir á presunciones para demostrar un hecho, como es la posesión actual? Por eso el Código ha invertido la presunción diciendo: la posesión actual hace presumir que poseyó desde la fecha del título, y no como afirmaban algunos autores franceses, que probada la posesión antigua se reputaba demostrada la actual, salvo la prueba contraria. Según nuestro Código, no existe semejante presunción. Así, decía el Presidente Favre: *ex possessione quidem præteriti et præsentis præsumitur mediæ; sed et præterita non presumitur nec probatur præsens aut contra*; á lo que se puede agregar, que probada la posesión antigua sin ser acompañada de la posesión actual, estaría demostrando á la evidencia que se ha perdido la posesión, ¿pues, á que ocurrir á las presunciones cuando es más fácil y sencillo demostrar la posesión actual?

Supongamos una área de campo en las lejanas tierras de la Patagonia, vendida por el Gobierno á A, y otorgadas las escrituras, pero que el comprador no ha ocupado; que ese campo es vendido posteriormente por B, que tiene título, y que el comprador tampoco lo ocupa; en una palabra, el campo está vacío, B, lo ocupa, y dentro del año intenta A, primer comprador, la acción petitoria, pero el poseedor actual alega la prescripción, porque según su título hace diez años que posee la cosa; no obstante A, demuestra que la posesión real la ha obtenido B, hace seis meses únicamente; en este caso no debe aplicarse la máxima de que la posesión actual y el título hace presumir la posesión desde la fecha de éste; ninguno ha tenido la posesión y la cuestión se reducirá á saber cuál de los dos títulos es el mejor y confiere el derecho de poseer; porque no se puede aplicar el principio del art. 594, que cuando una cosa es enajenada por un mismo propietario á dos ó más personas, el primero que tome posesión es el que adquiere la cosa. El juez se reducirá á estudiar ambos títulos y declarará propietario al que tenga un título mejor, sin tomar en cuenta la posesión.





tor era de buena fe; y reciprocamente, no es admitido á la prescripción en el caso contrario, á pesar de su buena fe personal (art. 4004); porque siguiendo la ficción del derecho, se consi-

Cuando el poseedor actual no presentare título alguno, y sólo lo hiciera el reivindicante, tratándose de la cuestión sobre la propiedad de la cosa, no podría resistir la entrega sino alegando la prescripción de treinta años, con las condiciones de ser pública, pacífica, no interrumpida y á título de propietario. Puede también alegar la disposición del art. 2789, cuando el título del demandante es posterior á la posesión del demandado, si no probase que su enajenante era el verdadero propietario; porque no basta presentar título de enajenación, sobre la cosa que otro posee, pues sería facultar á cualquiera para crearse un derecho sobre una cosa por su sola voluntad. Como lo explicamos en el comentario al art. 2789, tomo VII, pág. 226, es necesario que el enajenante sea verdadero propietario para crear un título válido.—Comp. TROPLONG, 421. MALEVILLE, art. 2228. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, n° 245. LEROUX DE BRETAGNE, n° 288. LAURENT, XXXII, 339.—Véanse arts. 2789 á 2792 y 3999.

(Art. 4004.) Me parece que este principio, consagrado por las legislaciones de los países más adelantados, no responde á las necesidades de la civilización moderna; que es llevar demasiado lejos la ficción de que el heredero es la persona de su causante, haciéndole transmitir hasta la intención que sólo debe quedar en el fuero interno del individuo. Se comprende la necesidad de la representación de su causante en las obligaciones y derechos que á éste correspondan, por la necesidad de la sucesión misma que, debe pasar sin intervalo de tiempo del causante al

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4003. — Marcadé, sobre los arts. 2229 á 2234. — Troplong, *Prescrip.*, n° 424. — Aubry y Rau, § 217.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4003. — La prescripción respecto del terreno vendido, no puede contarse sino desde la posesión del primer adquirente de éste, sin poderse unir á ella la posesión del primitivo vendedor á los causantes. — LI, 123.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4003. — La prueba de la excepción de prescripción corresponde al excepcionante, pero la de que la posesión ha sido interrumpida, ó á nombre de otro, corresponde al que deduce la reivindicación. — Jur. Civ., III, 342, Ser. 4°.

La presentación de los títulos de poseedor supone que la posesión arranca desde la fecha de aquellos sin solución de continuidad entre los diferentes propietarios. — Jur. Civ., IV, 405, Ser. 3°.

La ley supone que el poseedor posee desde la fecha del título. — Jur. Civ., X. 178. Ser. 3°.

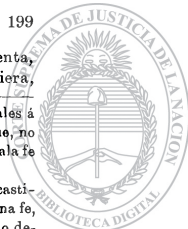
dera como la persona de su causante cuyos derechos representa, trasmitiéndole los vicios de la posesión aunque él no los tuviera,

sucesor; pero no así con relación á las calidades que son personales á uno y á otro, porque esas son inherentes al individuo mismo que, no debe escudarse con la buena fe de su causante, ni perjudicarlo la mala fe de su posesión.

El derecho romano, que es el creador de este principio, y que castigaba, por decirlo así, la mala fe del causante en el heredero de buena fe, hacía una excepción en el § 7, tít. 6, lib. 2, de la Instituta, cuando decía: «respecto de los inmuebles, ved lo que se observa: es que si alguno adquiere sin violencia la posesión de un fundo que se encuentra sin dueño, sea á causa de la ausencia ó de la negligencia de éste, sea porque haya fallecido, sin que se presente nadie á recoger su sucesión; aunque este poseedor tenga él mismo mala fe, pues sabe que ha tomado la posesión de un fundo perteneciente á otro; sin embargo, si él lo trasmite á otro que lo recibe de buena fe, este nuevo poseedor podrá adquirir el dominio por una larga posesión; porque el fundo que ha recibido no tiene el vicio del robo ni el de la violencia». ¿Por qué en la legislación moderna, con sociedades completamente diferentes, iríamos en la misma vía cuando debemos ofrecer toda clase de seguridades en la trasmisión de la propiedad raíz? Estas observaciones son hechas con el objeto de obtener la reforma cuando se revise el Código.

Estudiamos el artículo.

La prescripción de diez y veinte años sólo tiene lugar cuando existe buena fe y justo título en el adquirente, así es que el artículo sólo comprende la prescripción con un título traslativo de dominio; pero aquí viene otra observación en contra de la doctrina del artículo, ¿por qué la buena fe, calidad personalísima del primer adquirente, se ha de transmitir á su sucesor? Por el principio reconocido de que el sucesor universal es la persona de su causante, se contesta; pero ya lo hemos dicho, lo representa y debe representarlo en las obligaciones y derechos; pero no puede ni debe seguir esa representación en cuanto á las calidades y vicios que son intransmisibles. Así, resulta esta inconsecuencia; que cuando el causante tenía buena fe, creyendo que el enajenante era dueño de la cosa enajenada, esa creencia se transmite á su sucesor universal; á pesar de conocer éste que era ajena por tener los títulos de la propiedad en su poder, ó por habérselos mostrado el propietario. La buena fe de su causante protege la mala fe de su sucesor; es decir, el prebión cubre la mercadería. Esto no es justo, ni debe persistir en la actualidad; cada uno debe soportar las consecuencias de sus propias ac-





y libertándole de esos vicios que él conociera. Es hasta donde puede llegar la ficción!

ciones. Pero acatando el principio consagrado por el artículo, diremos, la buena ó mala fe del causante se prolonga por decirlo así, sobre la persona de su sucesor y lo protege ó lo perjudica en la posesión para la prescripción. No hay prescripción de diez ó veinte años sin la buena fe del causante; el sucesor universal desaparece ante la persona de éste y la buena ó mala fe personal del heredero en nada influye para la prescripción con título.

Es por demás evidente que la posesión á título de propietario, por treinta años sin interrupción, formando por sí sola un título de dominio, no necesita buena fe, como no necesita justo título, y por consiguiente pueden unirse ambas posesiones, ó más bien dicho forman una sola, según el principio consagrado, de que el sucesor universal es la persona de su causante.

Téngase presente que el sucesor universal es el que sucede al difunto en todas sus acciones y derechos, representa su persona y le sucede sin intervalo de tiempo. Así, pues, el principio de este artículo no es aplicable á los legatarios de parte alicuota, ni á los legatarios particulares ni á aquellos á quienes se hubiere dejado en el testamento una cosa determinada: todas estas personas pueden unir su propia posesión á la de su causante cuando tuvieran buena fe, ó prescribir por su propia posesión cuando el testador tuviera mala fe. Lo mismo diremos de los donatarios que hubieren recibido algún bien durante la vida del donante, que comenzarán á prescribir contra los terceros desde que la cosa les fué transmitida, y pueden unir su posesión cuando el donante tuvo buena fe.

¿Y qué diremos en la división que el padre puede hacer entregando todos los bienes á sus hijos? No se puede dudar que es una división anticipada, que los hijos no pueden atacar mientras la sucesión no se hubiera abierto; es decir, después de la muerte del testador, y sólo cuando perjudicare sus legítimas. ¿Pero cómo se deben reputar recibidos esos bienes? ¿Son una donación sujeta á las leyes que las rigen, ó como proveniente de una sucesión? Cuestión difícil de resolver. En primer lugar es necesario distinguir: la partición por donación en que el ascendiente entrega á sus descendientes en plena propiedad los bienes que posee; de la división hecha en el testamento que sólo tiene lugar después de la muerte del ascendiente. En el primer caso, aunque el acto no es una verdadera donación ordinaria, pues se considera como un adelanto á la legítima forzosa, cuya base es el reconocimiento de un derecho conferido por la ley á los descendientes; sin embargo, en cuanto importa una ena-

7ª *El sucesor particular de buena fe puede prescribir, aunque la posesión de su autor hubiese sido de mala fe. Cuando el sucesor particular es de mala fe, la buena fe de su autor no lo autoriza para prescribir. Puede unir su posesión á la de su autor, si las dos posesiones son legales (art. 4005).* Se trata de la posesión con

jenación se debe considerar como un título singular traslativo de la propiedad, y no como universal, porque las enajenaciones hechas durante la vida no se pueden tomar en ese carácter; así, la mala fe del donante no puede perjudicar al donatario que ha adquirido la cosa por un título singular y la prescribirá por diez y veinte años, si tiene buena fe, y podrá unir su posesión á la de su causante, si éste ha tenido también buena fe.

Respecto del segundo caso, como la división está destinada á producir efecto después de la muerte del causante, el título de los herederos es universal, y la aplicación del artículo que estudiamos es de rigor; la buena ó mala fe del causante se trasmite al sucesor. En una palabra, el heredero no prescribe la cosa con su título; como sucesor y representante de su causante, es á nombre de éste que en realidad completa la prescripción por él comenzada; por esa razón hemos rechazado la teoría de los arts. 2212 y 2272, en que separando la persona del heredero y del causante, liberta á aquél de las obligaciones impuestas á éste.

Nuestro artículo ha consagrado el principio general reconocido por por todos los autores: de que el sucesor universal, continuando en materia de usucapación, la posesión de su autor, con sus vicios y sus calidades, no se toma en consideración la condición personal del sucesor, que aun teniendo mala fe puede usucapir por diez y veinte años, cuando el autor tenía buena fe; doctrina que hemos combatido al principio de este comentario, como contraria á la verdad y á los progresos de la ciencia jurídica, cuya aspiración debe ser dar por fundamento de toda disposición, no una presunción, sino la realidad de las cosas en cuanto sea posible.—Comp. las citas de la nota del Dr. Velez Sarsfield.—Véanse arts. 2354, 2475, 3418, 3428, 4001 y 4005.

(Art. 4005.) Hemos dicho en el artículo anterior que nuestro Código, siguiendo la doctrina francesa, ha establecido que la posesión del

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4004. — Instit., § 7, Tit. 6, Lib. 2. — Vazeille, *Prescrip.*, n° 497. — Troplong, *Prescrip.*, n° 332 y 337. — Duranton, tom. 21, n° 238. — Marcadé, sobre el art. 2235. — Aubry y Rau, § 218. — La L. 16, Tit. 2º, Part. 3ª, exige buena fe en el sucesor.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4004. — La posesión del sucesor universal, se juzga unida á la del autor de la sucesión. — Jur. Civ., VII, 190, Ser. 2ª.



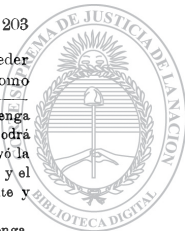
título que se opera á los diez ó veinte años, y en ese caso, á pesar de la mala fe de su autor, á quien sucede en sus derechos, adquiere

heredero es la continuación de la que tenía su causante, pues la ficción necesaria para explicar la trasmisión de los derechos y obligaciones sin intervalo de tiempo, no era necesaria para los actos materiales que llevan una intención que no se puede transmitir, porque es personalísima, como la buena y mala fe de la posesión, que no debía aplicarse al heredero. Pero según la doctrina francesa, que tenía por fundamento el derecho romano, se hacía esta diferencia fundamental entre la posesión del heredero y la del que posee á título singular; en la primera, el sucesor á título universal no tiene sino una sola posesión, la de su autor, posesión que no puede cambiar por su propia voluntad, necesitando el acto de un tercero para adquirir un nuevo título; mientras en la posesión del que tiene la cosa á título singular, se encuentran dos posesiones que pueden ser diferentes por su calidad y condiciones; una propia que comienza desde la trasmisión del título y entrega de la cosa, y la otra que abraza el tiempo que el enajenante la ha poseído, y que puede ó no unirse según sean ambas de buena fe.

Nuestro artículo ha corregido los defectos que los autores encontraban al art. 2235 del Cód. Napoleón, é inspirándose en la redacción de Aubry y Rau ha salvado las dudas que suscitaba; y si ocurrimos á la exposición de motivos encontramos el fundamento de la teoría; así decía Mr. Bigot Prémeneu: «el sucesor á título universal de la persona que tenía la cosa por otro, *no tiene un nuevo título de posesión*, él sucede en los derechos tales como se encuentran; él continúa pues, poseyendo por otro, y en consecuencia no puede prescribir. Pero el sucesor á título universal y el sucesor á título singular difieren, en que éste no tiene su derecho del título primitivo de su predecesor, sino del título que le ha sido personalmente conferido; este último título puede pues establecer un género de posesión que no tenía la persona que lo ha trasmitido». Y el Código, en este artículo y en el anterior, consagra esta doctrina, que sólo tiene su aplicación para la prescripción de diez y veinte años, no así para la de treinta.

De esta diferencia tan fundamental entre la posesión del sucesor universal y la del particular, nacen las consecuencias siguientes:

1ª Que cuando el causante de la sucesión poseía la cosa por un título precario, como el depósito, comodato, etc., su sucesor continuará poseyéndola á ese título, aunque la crea propia y ejerza actos de dominio sobre ella, de modo que no podrá prescribirla con ese título; pero si la ha enajenado deberá el precio, arts. 2212 y 2272.



la cosa en virtud de la buena fe personal, y así debiera suceder con respecto al sucesor universal, y no violentar la verdad como

2ª Que cuando el autor ha tenido mala fe, aunque el sucesor tenga buena fe, no podrá prescribir sino por treinta años, en cuyo caso podrá unir su posesión á la de su autor; por ejemplo, si el causante poseyó la cosa transmitida durante cuatro años sabiendo que no le pertenecía, y el sucesor la posee veinte, no la habrá adquirido, porque necesita veinte y seis años para completar los treinta;

3ª Que si el autor ha tenido buena fe, aunque el sucesor no la tenga, como éste continúa poseyendo como si fuera el causante, habrá prescripto por diez ó veinte años, á pesar de la mala fe del sucesor, que sabía de un modo evidente que la cosa pertenecía á otro.

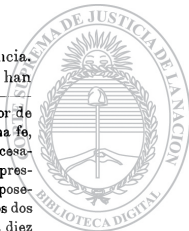
Con relación al sucesor singular en que hay dos posesiones completamente distintas, resultan las consecuencias siguientes:

1ª Que cuando el enajenante tuviere un título precario ó no hubiese tenido título, el comprador, permutante ó donatario, comenzarán á prescribir desde su título y posesión, adquiriendo la cosa por diez ó veinte años, sin que les perjudique la mala fe de su causante, si el adquirente tenía buena fe.

2ª Que cuando el autor hubiera tenido mala fe, el sucesor singular de buena fe prescribirá por diez ó veinte años, según el caso, con la única diferencia que no podrá unir su propia posesión á la de su causante; pero podrá prescribir por treinta años uniendo ambas posesiones; por ejemplo, si el enajenante hubiera poseído de mala fe durante veinte años, el adquirente á título singular podrá adquirirla á los diez años de su posesión, completando así los treinta para la prescripción sin título.

3ª Que si el autor tenía buena fe y el adquirente sabía que la cosa transmitida era ajena, es decir, tenía mala fe, no puede prescribir por diez y veinte años, porque si bien tiene el título traslativo de la propiedad, le falta la buena fe, y sólo puede prescribir por treinta años; mientras que si hubiera sido sucesor universal la habría prescripto como su causante por diez ó veinte años.

4ª Que si fueren varios los causantes del sucesor singular para unir la posesión de buena fe de éstos á la del adquirente, sería necesario que cada uno de los que hayan poseído la cosa hubieran tenido buena fe. Así, por ejemplo, A, enajena el inmueble á B, quien lo traspaşa á C, y éste á D, y finalmente lo adquiere E, que es poseedor de buena fe; reivindicada la cosa, alega la prescripción uniendo su posesión á la de sus causantes; en ese caso, es necesario que A, B, C y D, hayan tenido buena fe desde el principio de su posesión, aunque posteriormente hubiera des-



se hace por seguir una ficción hasta su más remota consecuencia. La unión de las posesiones sólo tiene lugar cuando las dos han

aparecido esa circunstancia. Si se demostrase que A, era poseedor de mala fe, sólo podría alegar la posesión de B, C y D, que tenían buena fe, porque si el adquirente invoca en su favor cuatro posesiones, es necesario que cada una de ellas tenga las calidades requeridas para la prescripción con título, pues bastará tener buena fe al principio de la posesión. Si cada uno de ellos ha poseído dos años y el demandado otros dos estando presente el demandante, habría adquirido la cosa por los diez años con título y buena fe.

La última parte del artículo dice, que se pueden unir las dos posesiones si son legales, y sobre este punto han ocurrido dificultades en su interpretación. En primer lugar, este artículo, como el anterior, hablan de la prescripción con justo título y buena fe que necesita diez años entre presentes y veinte entre ausentes para adquirir la cosa; así, pues, la posesión del causante debe tener las mismas condiciones que la del adquirente para que puedan unirse: ambas deben ser de buena fe, tener justo título, ser continuas y públicas. El artículo no habla de la prescripción de treinta años, porque para esa no hay título ni buena fe, y el que sabiendo que la cosa era ajena, la compra de un vendedor que también sabía que vendía una cosa de otro, que estaba prescribiendo, pues la poseía como propia á título de dominio, puede unir la posesión á la de su causante y rechazar la demanda alegando la prescripción treinteneria.

¿Pueden unirse dos posesiones viciosas, como lo sostienen algunos? Para que haya unión ó sea posible que el sucesor singular aproveche de la posesión de su causante es necesario que entre los poseedores haya un vínculo de derecho que los ligue y haga factible esta unión: así, el que poseyere una cosa y fuere despojado, el despojante no podría prevalerse de la posesión de éste para unirla con la suya, y aun para la usucapión, de treinta años necesitaría de la propia prescripción. Si por el contrario el causante hubiere sido quien despojó y poseyere la cosa durante veinte años, sin título alguno, y la transmitiese á otro por venta ó permuta, éste podría unir su propia posesión á la de su causante, para adquirirla por treinta años contra el verdadero dueño, aunque conociese el despojo. En ese caso su posesión de mala fe se puede unir á la viciosa del causante; así, pues, se dirá que en la prescripción de treinta años se pueden unir dos posesiones viciosas siempre que haya un acto jurídico que sirva de lazo de unión entre ambas posesiones. No se debe buscar texto legal que autorice la unión de dos posesiones viciosas,



sido de buena fe, y no interrumpidas; si ha existido suspensión respecto de cualquiera de los adquirentes, ese tiempo no debe computarse, pues la prescripción no ha corrido.

porque en estos casos la acción sólo encuentra obstáculo en la prohibición; así es que si no existe una disposición que impida esta unión, el individuo puede ejecutarla. Y si bien es cierto que el art. 2475 exige al poseedor á título singular, para unir su posesión á la de su causante, que no sean viciosas, también es evidente que ese principio sólo rige para las acciones posesorias, como muy bien lo dice el Dr. Llerena. No sólo el título en que se encuentra esa disposición, sino también el artículo que sigue, demuestran de modo á no dejar duda en el espíritu, que se trata de las acciones posesorias, y no es de buena interpretación el traer semejante principio para aplicarlo á la usucapión. En efecto, el art. 2474 dice, «para establecer la *posesión anual*, el poseedor puede unir su posesión á la de la persona de quien la tiene, sea á título universal, sea á título particular», y para completar la aplicación de este principio sobre la unión de la posesión de que acaba de hablar, dice en el artículo siguiente: «sólo podrán unirse ambas posesiones si no son viciosas», porque se trata del derecho de posesión que se adquiere por la tenencia de un año; así, el tiempo que el despojante ha tenido la cosa no podrá unirse á la posesión del adquirente que conocía el despojo. ¿Pero dónde hay una disposición semejante para la prescripción? ¿Dónde existe un texto legal que diga: para la prescripción treintenaria no se pueden unir dos disposiciones viciosas? Por el contrario, del contexto mismo del artículo que exige para la prescripción de diez y veinte años, que la posesión del causante y la del poseedor actual sean legales, para que puedan unirse, se deduce que para la prescripción sin título no hay necesidad de que lo sean. Por esa razón el despojante que ha poseído durante treinta años una cosa como propia, la adquiere irrevocablemente. ¿Y por qué no transmitiría ese mismo derecho á otro que conoce el despojo? Todos los autores están contestes en afirmar que, para la prescripción de treinta años se pueden unir las posesiones de mala fe. ¿Y qué es una posesión de mala fe? ¿No comprende en la generalidad de la expresión á la posesión viciosa? No creo que esto se pueda poner en duda, porque el despojante es un poseedor de mala fe, como lo es el que toma la cosa de otro sin violencia alguna, ejerciendo actos de propietario con el objeto de adquirir definitivamente su dominio por la posesión continua de treinta años. No obsta el art. 4006, porque sólo son aplicables á esta parte las disposiciones referentes á la posesión de mala fe.

Se entiende que la posesión precaria no puede conducir á la usuca-



§ 1085. — DE LA PRESCRIPCIÓN PARA ADQUIRIR. — BUENA FE

Así como una de las condiciones esenciales para adquirir, era la posesión continua de la cosa que se tenía, del mismo modo, la

posesión, cuando el poseedor tiene la cosa para otro ó reconociendo el dominio en otra persona; en ese caso la posesión del poseedor precario no puede unirse con la que le sigue, porque no posee para sí, á menos que tenga un vínculo de derecho con aquel por quien posee.

¿Qué se debe entender por la palabra autor de que usa el artículo? Creo que debe considerarse como tal, á toda persona que mediante un vínculo de derecho restituye á otro ó le hace entrega voluntaria ó forzada de una cosa, y tomando la expresión en ese sentido, tendremos que admitir que, la venta forzada produce el mismo efecto que la voluntaria, y por consiguiente el que compra por expropiación puede unir su propia posesión á la del expropiado. Lo mismo deberemos decir con relación al heredero que ha vencido en una petición de herencia, porque en ese caso existe un vínculo jurídico, nacido de la sentencia, que lo obliga á restituir; así, el heredero más próximo que ha vencido en juicio al más remoto que se encontraba en posesión de la herencia, puede unir su posesión á la del vencido; porque se reputa que ha poseído para el vencedor.

Cuando se tratare de una posesión perdida por la violencia ó de cualquier otro modo, en que la interrupción de la prescripción sería evidente, ¿podría unir su posesión el que vuelve á tomarla con el que la deja? Supongamos que A, ha despojado á B, poseyendo la cosa durante seis años, que un día deja ó abandona la cosa de que se apodera el despojado, ¿podría unir su propia posesión con la del despojante? Creo, con Troplong, que la unión no es posible, porque no hay vínculo de derecho entre ambos; A, no ha poseído para B, y su posesión no puede servirle; otra cosa decidiríamos, si el despojante por su propia voluntad, ó por una sentencia ó transacción, reconociera el derecho de B, y le entregara la cosa; porque entonces sobreviene un vínculo de derecho, un *negotius juris* que transforma al usurpador en autor y al usurpado en sucesor respecto de la posesión. Comp. DURANTON, XXI, 240. MARCADE, al art. 2235. DELVINCOURT, II, pág. 658. TAULIER, VII, pág. 456. TROPLONG, I, 442 y sig. WOODON, I, 242 y sig. — Véanse arts. 2475, 3273, 4001 y 4004.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4005. — Aubry y Rau, § 218. — Vazeille, *Prescrip.*, n.º 475 y siguientes. — Duranton, tom. 21, n.º 240 y siguientes. — Mar-



ley exige la buena fe para la prescripción de diez y veinte años. Posesión continua, título traslativo de dominio, y buena fe, son las condiciones para la prescripción de diez y veinte años.

La buena fe requerida para la prescripción, es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa. Las disposiciones contenidas en el Título DE LA POSESIÓN, sobre la posesión de buena fe, son aplicables a este capítulo (art. 4006). La

(Art. 4006.) ¿Cómo se puede definir la buena fe? Pothier la define: *bona fides nihil aliud est quam justa opinio quæsitæ dominii*. Nuestro art. 2356, considera que la posesión es de buena fe, cuando el poseedor por ignorancia ó error de hecho, se persuadiere de su legitimidad; pero

cadé, sobre los arts. 2235 y 2269. — Zachariæ, § 854, y nota 18. — Sobre estas accesiones de la posesión las Leyes Romanas están conformes con el artículo; una de ellas dice: *Nec vitiosæ quidem possessioni ulla potest accedere, nec vitiosa ei, quæ vitiosa non est*. L. 13, § 13, Dig. *De adq. possess.* En otra parte pone la regla general: *quum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet cum sua causa, suisque vitiiis*, L. 13, § 1, Dig., *eodem*.

La Ley 16, Tit. 29, Part. 3ª, habla tanto de las sucesiones universales como de las particulares y exige en ambas la buena fe. Pero, los sucesores universales no hacen sino continuar la persona del difunto: ellos no comienzan una nueva posesión: continúan sólo la posesión de su autor, y la conservan con las mismas condiciones y las mismas calidades: si ella es viciosa en vida del difunto, se conserva viciosa en el heredero; y reciprocamente, si era justa y de buena fe, se continúa como tal, aunque el heredero llegare á saber que la heredad pertenecía á otro.

Los sucesores particulares, sean á título oneroso ó lucrativo, no continúan la posesión de su autor: no hay identidad jurídica en las personas: no representan á su autor: no suceden en sus obligaciones. El autor del sucesor puede tener una condición totalmente diferente, que impida unir la posesión del uno á la del otro. Hay dos posesiones distintas, que en ciertos casos tienen la facultad de unirse para cumplir el tiempo requerido por la prescripción.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4005. — Probada la existencia y ejecución de la compra, por medio de declaraciones de testigos, la presunción de buena fe, no desvirtuada por circunstancia alguna, á favor del comprador, y la posesión continua por más de diez años por dicho título de compra, bastan para dar por comprobada la prescripción de adquirir. — XXXI, 237.

En la prescripción ordinaria, la buena fe del poseedor se presume y puede unirse la posesión de éste y sus causantes, siendo basada en títulos traslativos de dominio. — LIV, 172.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4005. — Puede oponerse la prescripción, reuniendo dos posesiones. — Jur. Civ., I, 65, Ser. 1ª.

Para que la prescripción, fundada en dos posesiones, libere al demandado por reivindicación, es indispensable que exista entre una y otra título traslativo si no se unen por el ministerio de la ley. — Jur. Civ., IX, 352, Ser. 2ª.



creencia sin duda alguna de ser propietario que exige el artículo, debe fundarse en títulos que el adquirente haya obtenido

en mi opinión debe tenerse una idea más clara y la definición del artículo me parece más comprensiva: la creencia *sin duda* alguna de que es exclusivo señor de la cosa; es un hecho positivo, real, un estado del espíritu del poseedor en virtud del título de transmisión. Para producir ese estado y que la ley lo acepte es necesario llenar ciertas condiciones que podemos condensarlas en las siguientes: 1ª, que el adquirente ignore que otro que el enajenante sea el propietario de la cosa transmitida; 2ª, que tenga pleno convencimiento que el enajenante era propietario de la cosa y tenía capacidad para enajenarla; 3ª, que la reciba por medio de un contrato hábil y sin vicio alguno.

La primera condición se justifica por la tranquila posesión del enajenante, sin que persona alguna haya deducido gestión negando la propiedad al poseedor. El reivindicante debe demostrar en ese caso que el adquirente sabía que la cosa era reclamada, ó que la propiedad le era contestada.

La segunda condición se demostrará por el título mismo que invoca el enajenante para transmitir la cosa; porque si la tiene en anticresis ó en arrendamiento, no ha podido transmitir una propiedad que no tenía. Con relación á la capacidad para enajenar, es necesario que el adquirente tenga la convicción de que el enajenante la tenía para transmitirle el dominio; así, un menor de edad que se dice mayor; una mujer casada que se dice soltera, y el escribano que da fe de su capacidad para realizar el contrato, producen en el ánimo del adquirente el convencimiento de que el individuo es capaz, y ese título sería suficiente para prescribir. Si por el contrario, figura en el contrato como menor de edad ó como mujer casada, no puede tener la creencia de que ha adquirido la cosa, aunque ignorese que los menores no pueden enajenar sus bienes raíces, ni que las mujeres sólo pueden contratar con el consentimiento de sus maridos. La falta de capacidad en la persona que transmite la cosa, hace suponer en el adquirente una maniobra para aprovecharse de esa circunstancia y poder adquirirla; de ahí es que la ley supone que no existe el pleno convencimiento de que se le haya transmitido el dominio. El error de derecho no puede aprovecharle en este caso.

En cuanto á la tercera condición, que ha escapado á la investigación de algunos autores, se funda no sólo en las relaciones del adquirente y del enajenante, sino que es necesario examinar en las diversas situaciones en que puede encontrarse con relación á la cosa misma ó respecto

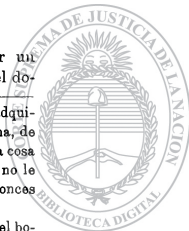


transmitiéndole la propiedad; porque nadie puede creerse dueño de una cosa sin que otro que se diga propietario se la hu-

de la ley, ó en sus relaciones con el propietario. Así, por ejemplo, el que ha comprado una cosa que está fuera del comercio, ó el que ha recibido una cosa en pago de un débito, ó por una causa contraria á las buenas costumbres, no puede considerarse de buena fe, y no podría responder al tercero que se la reivindica que la tenía á su respecto, pues ignoraba por completo que él fuera el propietario; porque la buena fe es como hemos dicho, la certidumbre que tiene el adquirente de que es el único propietario, certidumbre que no puede existir en el que ha adquirido la cosa contra la prohibición de la ley; porque estaba obligado á saber que la cosa no ha podido ser adquirida por estar fuera del comercio, ó porque ésta no concede efectos civiles á la causa de la transmisión.

No es que se confunda el justo título con la buena fe, como piensan algunos, porque el justo título se refiere á la transmisión, tomándose en este sentido como tal, al que es hábil para trasferir el dominio, como la compra, la permuta, donación, etc. Así, el que ha recibido una cosa en préstamo, no puede prescribirla, no sólo porque el título no es suficiente, sino porque no tiene la buena fe necesaria para prescribirla; pero si la adquiere por compra de un menor de edad, el título es suficiente para transmitir el dominio; pero no hay buena fe, pues la ley supone que conoce la incapacidad del enajenante. De modo que algunas veces, la falta de título traslativo de dominio engendra la mala fe, sin que por eso se confunda con él.

Por estas razones, no creo aceptable la teoría enseñada por Aubry y Rau, cuando dicen: «es así que el que compra de un menor ó de una mujer casada bajo el régimen dotal un inmueble que él cree le pertenece, puede, á pesar del conocimiento de la minoridad, usucapirlo por diez ó veinte años contra el verdadero propietario»; pues aunque se tratase de adquirir la cosa, no contra el menor ó la mujer casada, sino contra un tercero que la reclamase como propietario, y respecto del que se puede alegar el justo título, no se puede decir que tenga buena fe, desde que conoce la incapacidad del enajenante; y con las mismas palabras que enseguida emplean dichos autores para explicar la buena fe, se les puede contestar, que si ellos admiten: «que el adquirente que hubiera tenido conocimiento, en el momento de su adquisición, de una causa de nulidad, de rescisión ó de resolución, inherente al título de su autor, no se consideraría como adquirente de buena fe». ¿Cómo se le podría reputar en ese carácter al que ha comprado un bien raíz de un menor, cuando sabe que éste no tiene capacidad para enajenar? Es que en este caso el título



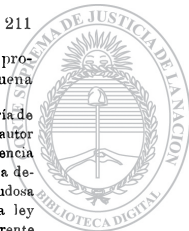
biere enajenado. La buena fe puede ser producida por un error de hecho, siempre que exista el título traslativo del do-

traslativo de dominio no es bastante para crear la buena fe en el adquirente; esa buena fe que es la creencia completa, y sin duda alguna, de que la cosa le pertenece, no ha podido existir en el adquirente. Otra cosa sucedería, si el enajenante capaz hubiera vendido una cosa que no le pertenecía, ignorando el comprador esa circunstancia, pues entonces podría prescribir por diez y veinte años.

La verdad es que la usucapión sólo debe tener por objeto final el borrar, con relación al propietario, el vicio que el título traslativo de la propiedad tenga con relación a él, y en este caso lo cubre por completo, porque la buena fe y el justo título, unido al tiempo transcurrido, lo hacen adquirir la cosa. Por esta razón, creemos que el conocimiento de una nulidad que viciara la adquisición, impediría la buena fe que necesita el poseedor para adquirir la cosa por prescripción.

La opinión de Aubry y Rau ha sido seguida por autores como Colmet de Santerre, Dunod y Duranton, siendo confirmada por varias decisiones de Cortes francesas; y es una cuestión muy grave que merece un examen detenido; estudiándola se preguntan Baudry-Lacantinerie y Tissier: «¿Es necesario que el poseedor haya creído su título al abrigo de todo ataque de parte de aquel que emana? Así, compro de una mujer casada, no autorizada, un inmueble que no le pertenece. Hay dos vicios en el título adquisición: la ausencia del derecho de propiedad del enajenante, y la incapacidad de este enajenante. He tenido, supongámoslo, conocimiento de este último vicio en el momento de mi adquisición, he sabido que trataba con una mujer casada no autorizada; pero he creído que esta mujer era propietaria del inmueble que vendía. ¿Se puede decir que tengo buena fe en el sentido del art. 2265? Es esta una cuestión muy controvertida, y sobre la que no se ha fijado claramente la jurisprudencia... La Corte de Casación ha decidido que el comprador de un inmueble a una persona incapaz, conociendo su incapacidad, puede usucapir por diez y veinte años, si él ha creído propietario al incapaz», y el autor se decide por esa teoría que es apoyada por los autores citados.

Por nuestro derecho se salva la dificultad, porque el artículo que estudiamos dice: «la buena fe requerida para la prescripción es la creencia sin duda alguna del poseedor de ser el exclusivo señor de la cosa». ¿Y cómo podrá creerse propietario el que ha adquirido un inmueble de una persona que sabía era incapaz de enajenarlo? Laurent, atacando la opinión defendida por la Corte de Casación francesa, dice: «si el autor no tu-



minio, que autorice la convicción de haber adquirido la propiedad, porque el error de derecho no puede crear la buena

viera el derecho de enajenar, y el poseedor lo supiera, éste no estaría de buena fe; porque no puede creerse propietario cuando sabe que su autor no ha podido trasferirle su propiedad. La buena fe implica una creencia positiva, la convicción que el autor del título era propietario y tenía derecho para enajenar la cosa». Y lo que sólo es una doctrina dudosa en la jurisprudencia francesa, entre nosotros está fundada en la ley misma que exige el pleno y completo convencimiento en el adquirente de ser el exclusivo propietario de la cosa; conocimiento que no puede suponerse ni existir en una persona que la ha recibido del poder de otra que no puede enajenar. Se agrega, dice Laurent, que sólo el vendedor puede prevalerse de su incapacidad y demandar la nulidad de la venta; como es el tercer propietario que opone la mala fe al poseedor cuando éste se prevale de la prescripción; él alega, pues, la incapacidad del vendedor; es decir, invoca el derecho de un tercero. No, él sostiene que el poseedor no reúne las condiciones requeridas para prescribir; cuando él opone al tercer propietario que es de mala fe, no entiende ejercer un derecho que pertenece al vendedor; ejerce un derecho que le es propio, probando que el poseedor no ha podido prescribir contra él por diez años, pues que le falta una de las condiciones requeridas por la ley. La buena fe no es una condición relativa como se pretende; esto no se concibe. Se trata de una condición que toca á la conciencia; ¿el hombre tiene acaso dos conciencias, una relativa al vendedor y otra con respecto del propietario?» Es que en este caso la buena ó mala fe del adquirente puede nacer del título mismo, de las condiciones en que se encuentre el enajenante ó la cosa enajenada. Nadie pretendería que pudiera prescribir la cosa dada en arrendamiento, porque no se puede suponer que haya podido creer que ese título que no trasmite el dominio lo autorice para prescribir; como no se supondría buena fe en el que adquiriese una cosa que estuviere fuera del comercio, ni el que comprase un inmueble á un incapaz; el adquirente ha conocido de antemano el vicio de su título y no ha podido tener el convencimiento de que era el único señor de la cosa, como lo exige el artículo que estudiamos; sabía que la enajenación era nula, que en cualquier momento podía reclamársele la cosa, y esta creencia que le ha privado de buena fe con relación al vendedor, ha hecho desaparecer para cualquiera la buena fe requerida para prescribir. La buena ó mala fe es indivisible, como que se refiere á un estado del espíritu; el adquirente no puede tener buena fe respecto de unos, con relación á una adquisición, y mala fe para otros. O tiene la

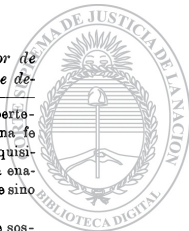
fe; así, la ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de de-

creencia *sin duda alguna*, como dice el artículo, de que la cosa le pertenece, de que nadie se la puede reclamar, y entonces tiene la buena fe requerida para la prescripción, ó por el contrario, sabe que su adquisición es defectuosa por no haber tenido el vendedor capacidad para enajenarla, y entonces tiene mala fe, no sólo con relación al enajenante sino para cualquier otro.

Nuestro artículo resuelve la cuestión en favor de la tesis que sostengo, y el mismo Dr. Velez-Sarsfiel, en la nota, nos dice que la ley de Partida enseña que la buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa, *es dueño y puede enajenarla*, y agrega: decimos *sin duda alguna*, citando á Vöet, quien enseña que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda de si su autor era ó no señor de la cosa, y tenía ó no el derecho de enajenarla, y con más razón, agregamos nosotros, no tendrá buena fe cuando sabía no era capaz de enajenarla. Lo que no deja duda es la nota al art. 4007, en que se estudia el caso supuesto, decidiéndolo en favor de la opinión que sostengo.

Respecto de la última parte, las disposiciones que contiene el título de la posesión, deberán aplicarse á este capítulo; pero únicamente las relativas á la *posesión de buena fe*, porque su mandato no va más allá. Debe tenerse presente que para la prescripción, se requiere buena fe sólo en el acto de la adquisición, aunque después llegare á conocer que esos derechos correspondían á otro que fuera el verdadero propietario, eso no le impediría prescribir como adquirente de buena fe; mientras que, para la percepción de frutos se requiere buena fe en cada percepción, porque se consideran esos actos independientes unos de otros, y lo son en realidad, en que el adquirente necesita tener en cada percepción el convencimiento de que es el único señor de la cosa.

Recuérdese que la posesión para las acciones posesorias sólo confiere un derecho de posesión para retener la cosa, y el que la ha poseído á nombre propio y como señor y dueño, por un año, adquiere el derecho de mantenerla en su poder, sin estar obligado á exhibir título alguno; por eso dice la ley, el poseedor *posee porque posee*, y la razón de su posesión se encuentra en el hecho material de la detención; pero en la posesión para adquirir sucede lo contrario, cuando se quiere adquirir la cosa por diez ó veinte años, en esos casos se debe exhibir el título.—Comp. TALLIER, VII, pág. 486. TROPLONG, II, 917 y sig. MARCADE, al art. 2265. LEROUX DE BRETAGNE, n° 909. LAURENT, XXXII, 406 y POTHIER, n° 3. En contra de la teoría que sostengo; AUBRY RAU, § 210, texto y notas



recho (art. 4007); porque todos están obligados á conocer la ley, sin cuya circunstancia no podría aplicarse.

24 á 26. COLMET DE SANTERRE, VIII, n° 372 *bis*, XIII. DUNOD, pág. 48. DURANTON, XXI, 384. — Véanse arts. 2356 á 2366, 3428, 3999, 4007 y 4008.

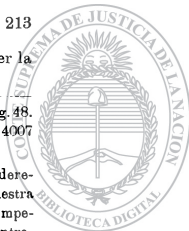
(Art. 4007.) La regla del derecho romano de que el error de derecho jamás aprovecha para la prescripción, ha sido incorporada á nuestra legislación, como una necesidad de la actual civilización, á fin de impedir los pleitos que se originarían con la aceptación del principio contrario. Aunque parezca demasiado aventurada la presunción de la ley, de que todos conocen el derecho, salvo las excepciones expresadas, no podía ser de otro modo, pues se haría imposible una regla uniforme desde que fuera permitido alegar la ignorancia de la ley; porque la masa de los individuos ó la casi totalidad de una población, ignoran en realidad las leyes, y más aun las codificadas, que necesitan de un estudio especial. Por eso nuestro art. 923 ha dicho: la ignorancia de las leyes ó el error de derecho en ningún caso impedirá el efecto de los actos lícitos; así, pues, el que creyendo, por ejemplo, que con un poder para vender una propiedad tiene facultad para hipotecarla, que es lo menos, y recibe en préstamo una cantidad é hipoteca la propiedad, así como el prestamista, que también lo creía autorizado, ambos realizan un acto nulo por más que la ignorancia de la ley los hiciera reputar á ambos de buena fe; porque la ley no debe admitirla cuando están obligados á conocerla, y á saber que uno y otro han ejecutado un acto nulo. Del mismo modo, el que

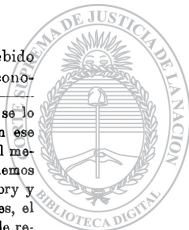
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4006. — Troplong, *Prescrip.*, n° 915. — Pothier, *Pandect.*, tom. 3. pág. 149, n° 77. — Voet, *De usucap.*, n° 6. — La Ley de Partida dice que la buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa, es dueño y puede enajenarla, *que crea que aquel de quien la ovo que era suya, e que avia poder de la enagenar.* L. 9, Tit. 29, Part. 3ª. Decimos sin duda alguna. Voet enseña que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era ó no señor de la cosa, y tenía ó no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe. Lo mismo Troplong, n° 927, y principalmente Durantón, tom. 21, n° 386.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4006. — La posesión quieta y pacífica por mayor término de treinta años, hace procedente la excepción de prescripción, sin que el demandado deba justificar la existencia de título ni buena fe. — Jur. Civ., VII, 237, Ser. 3ª.

La compra en remate judicial, importa buena fe y justo título y hace procedente la prescripción. — Jur. Civ., VIII, 15ª, Serie 5ª.

La existencia de un título, justificada por instrumento público, importa para el poseedor, la posesión de buena fe, y hace procedente la prescripción treintenaria. — Jur. Civ., VIII, 18, Ser. 2ª.





Cuando existe un título de trasmisión, el legislador ha debido suponer que el adquirente no lo habría aceptado si hubiera cono-

ignorando que un menor de edad no puede enajenar un inmueble, se lo compra, no puede considerarse como poseedor de buena fe, ni con ese título está autorizado á prescribir por diez y veinte años, aunque el menor sea verdadero propietario de la cosa vendida. Conclusión que hemos sostenido al estudiar el artículo anterior, contra la opinión de Aubry y Rau, Duranton y varias decisiones de Cortes francesas. Así, pues, el error de derecho no puede excusar para alegar la buena fe, de donde resultará que todo título que lleve consigo un error de esta especie impedirá legalmente al que compre una propiedad el alegar la buena fe para prescribir por diez ó veinte años; así, por ejemplo, cuando el albacea de una sucesión ha comprado en remate público una propiedad de la testamentaria en que desempeña su mandato, no puede alegar ignorancia del derecho para prescribirla con título, porque la ley le prohíbe adquirirla. Y los ejemplos se podrían multiplicar al infinito, de modo que podemos sentar como regla general: que si la nulidad de la enajenación resulta del título mismo, por faltarle las condiciones necesarias para trasferir el dominio, ó porque la enajenación estuviera prohibida por la ley, ó por la incapacidad de la persona, el adquirente no podría alegar buena fe.

Un principio diferente rige el error de hecho, cuando ha habido razón para errar; pero no basta suponer un error de hecho para que se pueda alegar la buena fe. Así, la enajenación de un bien raíz hecha por una mujer, que se dice soltera, no siéndolo, si el comprador ignorase esa circunstancia, el error de hecho lo autorizaría para prescribir con título; pero no estaría obligado á demostrar su ignorancia, como parece desprenderse de la nota del Dr. Velez-Sarsfield, mal traducida de Vazeille, quien con razón dice: «si no se ha probado que le era conocida al adquirente»; porque corresponde la prueba al que alega el hecho positivo del conocimiento, y no al que lo niega. ¿Cómo demostrarla, en efecto, que ignoraba el matrimonio de la que se dice soltera? Pero si sabiendo que es casada, supongo por ignorancia que puede disponer libremente de sus bienes, ese error de derecho no me puede autorizar para prescribir por diez ó veinte años.

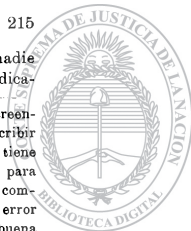
Cuando creyendo á Alberto propietario de la casa que posee, se la compro, puedo prescribirla por diez y veinte años, porque se trata de un hecho en que he podido equivocarme; pero esta hipótesis no puede tener lugar en las provincias donde está establecido el registro de la propiedad, pues los escribanos no pueden otorgar escrituras de traspaso sino mediante el certificado de esa oficina, donde consta el estado de la pro-

cido los vicios de la posesión del enajenante, porque nadie entregaría su dinero adquiriendo una cosa sujeta á reivindicación.

Si no existe título alguno que trasfiera la propiedad, la creencia en el adquirente de que existe no lo puede autorizar para prescribir por diez ó veinte años, pues que la convicción de su existencia no tiene el poder de crearlo; así, cuando he autorizado á mi mandatario para comprar la casa tal, y éste me la entrega asegurándome que la ha comprado, diciéndome que me remitirá el título, hay indudablemente un error de hecho; pero como no existe la compra, no puedo fundarme en la buena fe para prescribir por diez y veinte años, pues no tengo título traslativo de la propiedad y sólo podré adquirirla por treinta años.

El error de hecho, que autoriza para prescribir, se refiere á las capacidades de la persona que enajena la cosa atribuyéndose una capacidad que no posee; pero como hemos dicho anteriormente, el adquirente debe tener razón para errar; así, el menor que se dice mayor y por su aspecto parece serlo, puede inducir al adquirente á equivocarse; pero cuando á la simple vista se conociera que era menor de edad, no bastaría consignar en el contrato que era mayor para dar fe á su dicho y atribuir al adquirente la buena fe; del mismo modo, cuando el menor se dijese autorizado por el tutor y el juez para enajenar, no bastaría esa afirmación, sería necesario tenerla á la vista y transcribirla. Pero estas hipótesis de error sobre la capacidad de las personas raras veces tendrán lugar, porque los escribanos conocen á las partes contratantes y dan fe de su conocimiento, y algunas veces de su capacidad para contratar. Por esa razón no estoy conforme con los que sostienen, que el comprador puede alegar buena fe, si creía en la existencia de tal ó cual autorización necesaria, aunque no existiera; porque no se trata de la capacidad personal del que se dice mayor no siéndolo, ni de la mujer que afirma ser soltera, siendo casada, ni del que compra á un demente que parece estar en su sano juicio y que no ha sido declarado incapaz; en estos casos se trata del estado de las personas, y el adquirente ha podido equivocarse en el hecho, y no de autorizaciones que deben exhibirse y transcribirse en el título, porque completan la persona para realizar el acto que de otro modo no se habría ejecutado válidamente. Decirse menor de edad y afirmar que está autorizado para enajenar; esa afirmación simple no puede atribuir buena fe al adquirente, quien ha debido exigir la presentación del documento que lo habilita para realizar el acto.

Cuando el título traslativo de la propiedad adoleciera de los vicios de error, violencia, etc., es necesario hacer esta distinción: si se tratase de la reclamación que el mismo enajenante puede hacer, no hay pres-





ción, exponiéndose á un pleito; por eso *se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la*

cripción de diez y veinte años, bastará que hayan pasado los dos años señalados por el art. 4030, para que la adquisición quede firme por la cesación de la acción que pudo anularlo; pero si un tercero reivindicase el inmueble, como á éste no se le puede alegar sino la existencia del título traslativo de la propiedad, la prescripción de diez y veinte años correrá para él desde el momento de la enajenación, sin que pudiera alegar el error ó la violencia que ha precedido á la enajenación, porque es un derecho personal del enajenante, que en nada puede aprovecharle.

Cuando el artículo dice, el error de hecho es excusable, no quiere expresar que todo error de hecho sirva de excusa legal para sustraerse á las consecuencias de la mala fe. La expresión es tomada de Troplong, II, 923, que dice: «el error de hecho es siempre excusable; expliquemos esta verdad. 1º Santiago compra á Pedro, á quien cree propietario, el inmueble A. Se puede decir de él: *erravit in facto in quo prudentissimi falluntur*. Él prescribirá sin dificultad. 2º Compró de Francisco, que se dice mayor, aunque sea menor. En el fondo, el acto que celebro con él es nulo, y si yo tuviera conocimiento de su incapacidad, no podría alegar mi buena fe, porque conociendo su estado de menor edad, debería necesariamente conocer las leyes que limitan la capacidad de los menores. Pero la edad de un individuo consiste en un hecho, y los hombres, los más prudentes, pueden ser engañados por las apariencias. Mi error será, pues, excusable, y mi buena fe me servirá.» Esta decisión está fundada en las leyes romanas: pero tiene por base la equivocación posible sobre la edad, cuando las apariencias de la persona pueden conducir á ese error, no en caso contrario. La Ley 2, § 15, tit. 4, lib. 41, Dig., trae una decisión de Paulo, donde se establecen estos principios: que se considera más la opinión del adquirente, que la verdad de las cosas, cuando se ha comprado á un pupilo á quien se creía púber; que el error de derecho sobre la facultad de la persona, no autoriza á alegar la buena fe. — Comp. POTHIER, *Prescrip.*, 96. VAZEILLE, II, 479. DURANTON, XXI, 388. — Véanse arts. 20, 923, 2356, 3428, 4009 y 4012.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4007. — La Ley de Partida, hablando del error sobre un hecho ajeno, dice: *Ca, pues que el yerro aviene por derecha razon non le debe empecer*. L. 14, al fin, Tit. 2º, Part. 3ª. — Troplong, *Prescrip.*, nº 925. Yo compro una heredad de Francisco que se dice mayor, cuando en verdad es menor. El acto sería nulo si yo hubiese conocido su incapacidad; pero la edad de un individuo es materia de hecho, y los hombres más prudentes pueden ser engañados por las apariencias. Mi error, pues, es excusable, y

adquisición (art. 4008); para que esa buena fe continúe protegiéndolo en la posesión, pues el principio contrario daría lugar

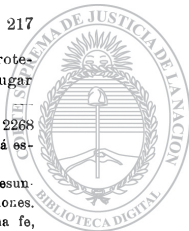
(Art. 4008.) Nuestro artículo ha reunido en uno solo los arts. 2268 y 2269 del Cód. Francés, proclamando dos principios, que vamos á estudiar separadamente.

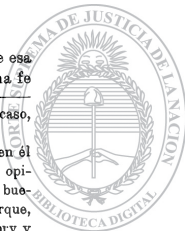
1º *La buena fe siempre se presume*, dice el 1º, y para que esa presunción tenga lugar, es necesario que el adquirente llene ciertas condiciones. Así, por ejemplo, se presumirá que la adquisición ha sido de buena fe, cuando el título en que se funda sea traslativo de la propiedad; no habrá buena fe, ni presunción posible en caso contrario, pues el que ha recibido una cosa en préstamo no la puede prescribir por tiempo alguno, desde que sabe y tiene la cosa para el propietario. Además del título traslativo de la propiedad, es necesario que el adquirente ignore la incapacidad del enajenante, si la tuviere, porque si la conoce, no puede alegar buena fe, como lo hemos sostenido en el artículo anterior. Finalmente, la nulidad de la enajenación no debe resultar del título mismo, porque si el vicio constase del instrumento y estuviera patente, como si fuera un simple boleto de venta, no podría alegar buena fe para la prescripción de diez y veinte años.

Para destruir la presunción de buena fe creada por la ley, demostrando la mala fe, se pueden ofrecer todas las pruebas admitidas por el derecho común, y aun se recibirá la testimonial, porque no sería posible exigir al que alega la mala fe una prueba escrita de actos que no ha podido prever; pero no creo, como Baudry-Lacantinerie y Tissier, que se pueda ocurrir á las presunciones para destruir la creada por la ley; por-

mi buena fe servirá para prescribir. Podemos decir, entonces, que el título recibido, ignorando la incapacidad que lo hace incapaz por sí mismo para transferir la propiedad, tiene sin embargo fuerza para servir de base á la prescripción. Es posible no saber que tal individuo está aún bajo tutela: que una mujer es casada, viuda ó soltera. Si se ha ignorado la incapacidad, ó más bien, si se ha probado que no le era conocida al adquirente, el título que se ha obtenido de un incapaz, es tan justo título como el obtenido de un precario poseedor de la cosa. La ley debe reconocer como poseedor de buena fe al que goza de la cosa, en virtud de un título de propiedad cuyos vicios ignora. La L. 2, Dig., *Pro empt.*, decide según estos principios, que si se compra á un demente á quien se le creía sano, la adquisición, aunque nula, es útil para la prescripción. — Véase Vazeille, *Prescrip.*, nº 479.

En cuanto al error de derecho, la Ley Romana ha puesto la regla general: *Nunquam in usucapionibus juris error possessoribus prodest.* L. 31, Dig. *De usucap.* Así, si en el caso supuesto, creo que los menores pueden contratar libremente, este error me haría condenar como si hubiera sido de mala fe.





á un semillero de pleitos. Supongamos por un momento que esa presunción no existiera, y fuere necesario demostrar la buena fe

que no está autorizada esa prueba por nuestro Código para este caso, desde que no existe presunción especial.

¿Puede el adquirente invocar un error de derecho, fundando en él la buena fe que alegare en su favor? Al resolver esta cuestión, las opiniones se han dividido. Laurent, sostiene que, cuando la ley dice, la buena fe se presume, se entiende que habla de la buena fe de hecho, porque, en general, es una cuestión de hecho, la de averiguar la buena fe. Aubry y Rau, § 218, nota 30, sostienen á su vez, que: «cuando se ha probado que el adquirente ha revisado su título de autor, y este título se encuentra con un vicio de nulidad aparente, el que ha adquirido la cosa, se presume haber tenido conocimiento de esa nulidad en virtud de la máxima, *nemo jus ignorare censetur*, y se encuentra, por esto mismo, sometido á la necesidad, para separar esta presunción, de justificar su error de derecho; admitiendo que el error de derecho, una vez probado, pueda producir su efecto para demostrar la buena fe.

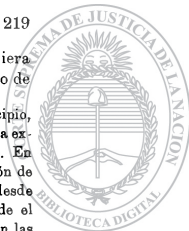
Por mi parte, creo que tratándose de un estado del espíritu, que puede ser producido tanto por un error de hecho como de derecho, debiera, en teoría, admitirse la prueba de que la buena fe existe; sin embargo, por nuestro Código no se podría sostener semejante tesis, ante el principio del art. 923, que el error de derecho en ningún caso impedirá el efecto de los actos lícitos; por esa razón, no es posible aceptar la opinión de Baudry-Lacantinerie y Tissier, de que, en general, la buena fe se presume tanto respecto del error de hecho como del de derecho, y el que alega la mala fe debe probar que el error no ha sido posible, porque el art. 2268, Cód. Francés, no distingue; por eso agregan: «no se trata de escapar á los efectos de la ley, sino de probar la buena fe»; pero es que probando ésta, se escapa á los efectos que la ley señala á la mala fe, y de tal modo, que no pudiendo adquirir por la prescripción de diez y veinte años con mala fe, puede hacerlo si le damos derecho para alegar el error de derecho. ¡No! El error de derecho no puede servir de excusa, según nuestra legislación, ni puede impedir el efecto de un acto lícito; porque sería admitir al adquirente de un bien raíz comprado á un menor de edad, el que alegase buena fe, demostrando que ignoraba la prohibición de la ley. Aunque justificase el error de derecho, no se puede alegar buena fe.

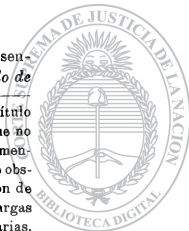
2º Basta que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición, es el segundo principio consagrado por nuestro artículo, tomado del art. 2269, del Cód. Francés, que á su vez lo tomó del derecho romano, *mala fides superveniens usucapionem non impedit*.

en todos los instantes, sería imposible que la adquisición estuviera asegurada; por eso el legislador ha dicho, existiendo título de

Para resolver las diversas cuestiones que nacen de este principio, es necesario averiguar primero, cual es el alcance que debe darse á la expresión: en el momento de la adquisición, de que se sirve el artículo. En derecho francés, ofrece pocas dificultades, porque en la adquisición de bienes raíces se reputa transmitida la propiedad, para el adquirente, desde el momento del contrato de enajenación, y para los terceros desde el registro del título; sólo quedan las dificultades que pueden nacer en las transmisiones por legado ó sucesión; pero según el sistema adoptado por nuestro Código, y que hemos criticado en oportunidad, porque la materialidad del acto por el que se entrega la cosa debe desaparecer, para ser substituido por el registro del título, cuando se tratare de cosas ocupadas ó en que el poseedor actual reconoce la propiedad del adquirente; según ese sistema, repetimos, la propiedad no se adquiere sino mediante la tradición que tiene lugar, ya sea tomando la cosa materialmente cuando fuera posible, ya sea poniéndose en presencia de ella, cuando no hay contradictor, ya en fin, haciéndose reconocer por el que la posee. Así pues, el momento de la adquisición puede ser el del contrato mismo, cuando el adquirente ha sido puesto en posesión de la cosa inmediatamente, y puede resultar lo contrario, si otro la poseyera y se negara á entregarla. Cuando se vende una casa y el inquilino reconoce al comprador como á su propietario, y continúa poseyendo por él, la adquisición se ha hecho desde el momento del contrato. Se puede sentar como un principio general, que en nuestro sistema de transmisión de la propiedad, la adquisición tiene lugar desde el otorgamiento de la escritura, porque se hace la tradición de la cosa; pero si se negare el hecho, como la negativa importa y lleva consigo la afirmación de que ha tomado posesión de la cosa después del acto de enajenación, será necesario, para desvanecer la presunción que nace del título mismo, que se demuestre el momento en que tomó posesión efectiva, para saber si en ese instante tenía buena ó mala fe.

La ley exige la buena fe en el momento de la adquisición; es decir, en el instante en que el poseedor ha adquirido la propiedad; por consiguiente, si el justo título fuera una venta, permuta ó donación, la buena fe requerida debe existir en el momento del contrato y en el de la tradición de la cosa, que es el instante en que se adquiere la propiedad. El descubrimiento que el propietario hiciera posteriormente de que la cosa pertenecía á otros, sea porque conociera los títulos, ó por cualquier otra causa, no le impediría prescribir por diez ó veinte años. ¿Por qué esta





transmisión, la buena fe se presume, y por la misma razón ha sentido la base contraria al decir: *el vicio de forma en el título de*

diferencia? Porque se dice, el conocimiento posterior del vicio del título que le ha hecho adquirir la propiedad de la cosa es un accidente que no debe tener influencia para destruir ó detener el efecto que ha comenzado á producir la adquisición; efecto que debe prolongarse, sin que obstáculo alguno pueda suspenderlo. Bigot Prémeneu, en su exposición de motivos, decía: «la prescripción de diez y veinte años, entra en las largas prescripciones que la prosperidad y la paz pública hacen necesarias, este lapso de tiempo sin reclamación de parte del propietario, y de la posesión á título de propietario, son igualmente el fundamento de estas prescripciones; la mala fe es un hecho personal al que prescribe. La ley civil dice, vendría á ser puramente arbitraria, incoherente, si después de haber dado reglas fundamentales viniera á destruirlas por reglas que estuvieran en contradicción. Esos son los motivos que han impedido conservar las de las leyes eclesiásticas, según las que la buena fe era necesaria durante todo el curso de la prescripción». La verdad es que esas razones se podrían aplicar más bien á la prescripción de treinta años, y que sería difícil justificar la disposición de nuestro artículo ante la moral.

Si la buena fe debe existir en el momento de la adquisición del bien raíz, ¿cuándo se debería tener la buena fe tratándose de un legado? Debemos hacer esta distinción: en el legado de una cosa cierta y determinada, el legatario adquiere la propiedad de la cosa por la muerte del testador, y puede reivindicarla de los terceros que la detentaren, en ese caso adquiere la cosa por la muerte del testador, y la buena fe debe existir en ese momento; el art. 3766 es terminante, al decir: «el legatario de cosas determinadas es propietario de ellas desde la muerte del testador», sobre esto no puede existir duda por nuestro derecho; pero tratándose de legados de cantidad, se ha suscitado la controversia. Aubry y Rau, § 218, nota 32, dicen: «es verdad que desde el instante de la muerte del testador, el legatario tiene un derecho adquirido á la cosa legada. Sin embargo, la adquisición no se consuma de una manera definitiva, sino por la aceptación del legado, de donde se deduce la consecuencia que es en este momento que la buena fe debe existir»; mientras Laurent, XXXII, 417, sostiene, «que el legatario viene á ser propietario de la cosa con independencia de la aceptación, que sólo hace irrevocable la traslación de la propiedad, operada en virtud de la disposición de la ley», lo que está de acuerdo con la doctrina de nuestro Código, que reputa aceptado el legado, mientras no conste que ha sido repudiado,

adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor (art. 4009), porque se supone que el adquirente conoce el derecho, y es una

art. 3804. Así pues, la buena fe debe tenerse en el instante de la muerte del causante.

Pero la buena fe exigida para la prescripción de diez y veinte años, no es la que se necesita para la percepción de los frutos; porque cada percepción es independiente una de otra, y para hacerlos suyos debe existir la buena fe en cada una de ellas.

No creo que la buena fe se pueda separar del acto de la posesión; porque ésta es una condición que debe acompañar á la adquisición; así, no habría sido prudente atender al tiempo del contrato para juzgar de la buena fe, y comenzar á contar la prescripción desde que el adquirente entró en posesión de la cosa; porque resultaría esta consecuencia: que la buena fe se separaba de la posesión, cuando ambas deben estar unidas, porque son condiciones necesarias para que la prescripción de diez y veinte años tenga lugar; esta opinión ha podido sostenerse por Duranton, XXI, 394; porque en el sistema del Cód. Francés el contrato de venta trasfiere la propiedad, y el vendedor deja de ser propietario y no posee la cosa, sino la detenta, pues la posee para el comprador; pero en nuestro sistema, que exige la tradición para que el comprador adquiera la cosa, no es posible sostener la tesis de que la buena fe debe existir en el momento del contrato y no en el de la tradición. En esta parte es necesario separarse de la jurisprudencia francesa, regida por principios completamente diversos.— Compárese sobre la primera parte del artículo á LAURENT, XXXII, 408, 412 y 415. AUBRY y RAU, § 218, texto y nota 30. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, n° 685 y sig.— Véanse arts. 2358, 2362, 3999 y 4006.

(Art. 4009.) Debemos notar al comenzar el examen de este artículo, que el legislador en los artículos anteriores viene buscando la buena ó mala fe del poseedor en el instante de la transmisión de la cosa, y el pre-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4008. — L. 12, Tit. 29, Part. 3ª. — Cód. Francés, arts. 2268 y 2269 — Holandés, 2002 y 2003 — de Luisiana, 3447 y 3448. — L. 10, Dig., *De usucap.* — L. 48, Dig., *De acq. rer. dom.* — Pothier, *Pandect.*, tomo, III, pág. 150, n° 83. — Zacharie, § 854 y nota 17. — Duranton, tomo XXI, n° 351. — El Cód. de Baviera, art. 7, Lib. 2, Cap. 1, dice: la buena fe es necesaria por todo el tiempo de la posesión. El de Nápoles, art. 2175: la mala fe que sobreviene posteriormente impide la prescripción; pero la prueba no podría resultar sino de documentos escritos. — Troplong, *Prescrip.*, n° 936, critica la resolución del Cód. Francés, y dice que la ley se pone en oposición con la moral. — Véase la nota al art. 2392 de este Código.





consecuencia natural el deducir la ausencia de buena fe, cuando en el título mismo consta el vicio.

sente cierra, por decirlo así, esa investigación dando una regla invariable para encontrar la mala fe. Cuando en este artículo se dice, el vicio de forma supone la mala fe, no ha querido hablar de los demás efectos que la falta de forma puede producir, porque entonces habría sido una repetición del art. 4012, en que el título nulo por defecto de forma no puede servir de base para la prescripción; el artículo que estudiamos sólo busca la buena ó mala fe, sin cuidarse de la validez ó nulidad del título mismo. Así, pues, es necesario no confundir la buena fe que es una calidad y condición necesaria para la prescripción de diez ó veinte años, con el título que también es otra condición, como lo es igualmente la posesión de la cosa. Prescindamos, pues, de la nulidad del título, para averiguar cuál es el vicio de forma que hace suponer la mala fe, é investiguemos si esa suposición admite la prueba en contra.

Las nulidades por falta de las formalidades esenciales pueden considerarse bajo dos aspectos: 1º, quitando al título mismo la calidad de *justo*, que se requiere para la prescripción de diez y veinte años; 2º, quitando al adquirente la buena fe exigida para la prescripción. Es bajo este segundo aspecto que vamos á examinarlo.

¿Cuáles son las formas esenciales que impiden la buena fe? La forma se ha dicho que es el conjunto de las prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse en la formación de un acto, art. 973; pero es necesario que esas solemnidades hayan sido exigidas so pena de nulidad, porque la falta de aquellas que no atacan la validez del acto, no pueden quitar la buena fe. Así, pues, la escritura de venta que tuviera las condiciones exigidas por el art. 1004, aunque careciera de las que indica el art. 1001, no sería bastante para hacer suponer la mala fe; porque no afectan la transmisión misma, y no ha tenido razón el adquirente para dudar un momento de ser verdadero propietario de la cosa.

Téngase presente que tratamos de investigar si ha podido existir buena fe en el acto de la adquisición, de modo que si está probado ó se pudiera demostrar que hubo fraude, dolo, violencia, etc., aunque la acción para reclamar de esos actos estuviera prescripta para el que los sufrió, eso no tendría el efecto de convertir la mala fe de la posesión en buena fe; porque el tercero que viene á reivindicar la cosa como propia, demostrando que el poseedor la hubo de quien no era propietario, puede oponerle la mala fe de la posesión. ¿Y qué podría contestar el adquirente de mala fe, que por la violencia se hizo transmitir la cosa reclamada? La

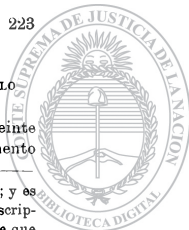
§ 1086. — DE LA PRESCRIPCIÓN PARA ADQUIRIR, JUSTO TÍTULO

Se dijo que para adquirir por la prescripción de diez y veinte años, se necesitaba posesión continua, buena fe en el momento

prescripción de diez y veinte años, necesita buena fe y justo título; y es evidente que no ha tenido buena fe. Tampoco puede alegar la prescripción de la acción de nulidad, porque esa es personal al enajenante que fué víctima de la violencia, y nada tiene que ver el tercero que reivindica la cosa; para él es *res inter alios acta*. El reivindicante demostraría que el adquirente tuvo mala fe en el acto de la adquisición destruyendo así la prescripción de diez y veinte años. Y esta tesis se hace evidente en presencia del art. 4012, donde se declara que el título nulo por defecto de forma, no puede servir de base para la prescripción, requiriéndose en ese caso la de treinta años sin título. Así, pues, aquel á quien se le ha transmitido un inmueble por un documento privado, no puede alegar buena fe para adquirirlo por diez ó veinte años; porque el adquirente sabe que la escritura pública es la forma ordenada para la trasmisión; del mismo modo, si la escritura pública no fuera otorgada por escribano, ó si la escritura no estuviera en el protocolo del escribano, ó si no tuviera fecha ó no fuera firmada por el vendedor; en todos estos casos la mala fe se supone, porque el adquirente mayor de edad está obligado á saber que el título es nulo por vicio de forma.

Se ha sostenido, sin razón, por algunos que, este artículo no tiene importancia práctica, porque para la prescripción ordinaria se requiere título, y que no se reputa tal el que es nulo por defecto de forma, confundiendo el título de adquisición con el instrumento que lo comprueba. Así, el que ha comprado una propiedad, cuya escritura resulta nula por defecto de forma, puede exigir al enajenante que subsane el defecto, y una vez hecho, podrá alegar la buena fe. Tampoco es cierto que Troplong, n° 921, involucre la falta de título con la buena fe; porque dicho autor hace claramente la distinción de ambas cosas, cuando dice: «la prescripción de la acción de rescisión ó de nulidad no cambia el dolo y el fraude en buena fe. Pues se notará que se trata aquí sólo de una cuestión de buena fe; y que es necesario remontarse al origen del acto para encontrar si ha existido ó no la buena fe».

Pero se trata de saber lo que se decidiría en los casos en que la nulidad de forma hubiera sido cubierta en el momento de la tradición, ó cuando el que tiene interés en alegarla hubiese renunciado á la acción;





de la adquisición, y justo título de trasmisión. Nos hemos ocupado de las dos primeras, estudiemos el último.

y se pregunta, si el adquirente, en estas hipótesis, puede alegar buena fe para prescribir. Supongamos que en un testamento se deja un legado que fuera nulo por defecto de forma, si el único heredero se lo entregase al legatario renunciando á alegar la nulidad, el legatario que recibió la cosa puede alegar la prescripción de diez y veinte años contra el reivindicante, porque ha tenido buena fe; del mismo modo, si he adquirido por medio de la violencia una cosa y aquel á quien se la he quitado me confirma en la posesión por un título posterior, puedo alegar la prescripción desde el nuevo título, porque soy poseedor de buena fe. Esta conclusión no es contraria á la tesis que acabamos de sostener, fundados en la autoridad de Troplong, como á primera vista pudiera creerse; porque la renuncia á la reclamación del acto, hace nacer en el poseedor la buena fe requerida para la prescripción. Pero entiéndase que esa confirmación no ha podido borrar para los terceros el tiempo que poseyó la cosa de mala fe, y sólo se contará desde el momento en que desapareció la mala fe. Y la razón es sensible, como dice Troplong, porque la renuncia del heredero (en el primer caso) forma para el legatario un título nuevo exento de todo vicio, y sirve de fundamento á una justa opinión *domini quesiti*. La buena fe del legatario no puede ser desconocida. Esta conclusión está apoyada por la gran autoridad del derecho romano y la de Pothier.

No es exacto que Duranton, XXI, 376, niegue que esta tesis sea conforme con el derecho romano, pues este autor supone el caso de venta, donación ó legado hecho bajo condición suspensiva, y dice que, la cuestión presenta mayores dificultades, á causa de los principios del derecho romano, que no admitía que el comprador ó donatario pudiese comenzar á prescribir antes del cumplimiento de la condición, aunque la cosa le hubiese sido entregada antes. Y Pothier, aceptando estos principios, enseña que, la prescripción que supone un título; es decir, el de diez ó veinte años, no puede comenzar á correr antes del cumplimiento de la condición, aunque el comprador, el donatario ó el legatario tuviesen buena fe, cuando la cosa por el efecto de alguna circunstancia particular les hubiera sido entregada antes». Duranton acepta la doctrina del derecho romano, seguida por Pothier, en el caso propuesto de una condición suspensiva.

El vicio de forma puede hacerse desaparecer por la confirmación, cuando la renuncia á la acción no bastase para atribuir buena fe al adquirente, como en el caso de una venta de un bien raíz por medio de un

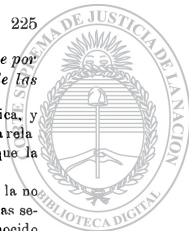
El justo título para la prescripción, es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las

instrumento privado, que sería confirmado con la escritura pública, y desde ese instante se presumiría la buena fe; pero si el vicio fuera relativo al consentimiento, bastaría con la renuncia á la acción para que la mala fe desapareciera desde el momento de la renuncia.

Por lo demás, el defecto en la forma substancial del acto, como la no concurrencia del vendedor ó donante, la ausencia de testigos y cosas semejantes, no pueden atribuir buena fe al adquirente; esto está reconocido por todos los autores; porque no hay título, y por más que demostrase el error en que ha estado y la buena fe que ha tenido, no sería admitido. Lo mismo sucedería si he dado poder á B, para que me compre tal propiedad, y éste me la entregara asegurándome que tiene los títulos en su poder, no siendo cierto, por más que mi buena fe sea evidente, como no tengo título, no puedo prescribirla por diez ó veinte años.

Quando el vicio es de forma, se supone mala fe, dice el artículo. ¿Es una presunción que no admite prueba en contra? A pesar de la doctrina sostenida en el art. 3741, en que admitimos la prueba contra la presunción de las personas interpuestas declaradas por ese artículo, porque la ley no había dicho expresamente que no se admitía prueba en contra, me decido, en el presente caso, porque no se debe admitir prueba contra la mala fe que hace presumir el vicio de forma. Se trata de una circunstancia, de un hecho que, una vez probado, trae como consecuencia necesaria la mala fe; así, pues, demostrado el hecho de la forma viciosa, la consecuencia necesaria es que el adquirente ha tenido mala fe.

Finalmente, cuando Pothier dice: «si el defecto del título no procede sino de algún defecto de forma; si aquél en favor de quien la forma se ha establecido quiere pasar por encima de ella y considerar el título válido, debe ser reputado tal», y en la nota agrega: «en nuestro derecho la voluntad de revocar el legado de cualquier modo que se declare, destruye completamente el legado. Pero si el heredero, teniendo conocimiento de la revocación, ha querido entregar la cosa legada, el legatario no la poseerá *pro legato*, porque no hay legado; la poseerá *pro suo*, y podrá prescribirla *pro suo* ó *pro donato*; la entrega que el heredero le ha hecho es una donación»; y esta opinión no es contradicha por ningún autor, ni podría serlo, porque el título con que posee la cosa es perfectamente válido, si el heredero es único y tiene capacidad para enajenar. Debemos decir que el título *pro suo*, en derecho romano, era un título general en los casos en que el contrato no tenía nombre; en esa hipótesis se invocaba para prescribir el título *pro suo*; pero en el supuesto, la do-



solemnidades exigidas para su validez, sin consideración á la condición de la persona de quien emana (art. 4010); el título en este

nación ha existido desde que la falta de forma anulaba el título anterior. — Comp. BAUDRY - LACANTINERIE y TISSIER, 667 y sig. LAURENT, XXXII. 392. — Véanse arts. 2356, 2362, 3602, 3999 y 4012.

(Art. 4010.) Como lo expresa el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, tomada al pié de la letra de Aubry y Rau, § 218, el título de que se habla no es el instrumento que comprueba el acto de la adquisición, se refiere á la reunión de las condiciones exigidas por la ley para que el dominio de la cosa se trasmita al adquirente sin tener en cuenta la condición de la persona de quien emana; es decir, si es ó no propietario de la cosa transmitida; pero siempre que estuviere revestido de las solemnidades exigidas para su validez. En este sentido serán títulos justos todos los que tengan por fin transmitir el dominio de una cosa, como la venta, la permuta, la donación, la dación en pago, el legado, y todo acto jurídico que tenga por objeto transmitir la propiedad; por esa razón no se considerarán como títulos justos, la transacción que sólo importe el reconocimiento de un derecho que otro se atribuye; pero lo será cuando se entregare otra cosa propia en compensación del reconocimiento ó renuncia del derecho; tampoco lo será la sentencia porque no confiere derechos, únicamente reconoce y declara los existentes y que se poseían por la parte vencedora; por la misma razón no se considera como título la partición, porque si se ha dividido ó hecho cesar el condominio cada uno se reputa como adquirente directo del vendedor, y si proviene de una sucesión se juzga que ha sucedido al difunto inmediatamente y su causa se encuentra en los derechos de su causante, no en la partición misma. Cuando uno de los asociados ha aportado un inmueble á la sociedad y ésta lo adquiere, se reputará como justo título la entrega siempre que la mayoría de los socios tengan buena fe, como sucede en la posesión, art. 2360; pero si la asociación tiene el carácter de persona jurídica, la buena ó mala fe del representante será la que decida, como lo dijimos en el comentario á dicho artículo.

En el derecho romano el título *pro herede*, se aplicaba al caso en que un heredero sin haber aceptado la herencia entraba en posesión de una cosa perteneciente á la sucesión, podía usucapirla sin buena fe por la po-

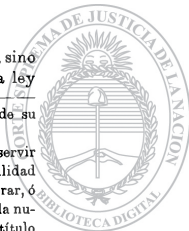
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4009. — Las nulidades de formas privan al acto de su existencia legal, y hacen que el poseedor no pueda creerse propietario. Son vicios visibles y extrínsecos, y nadie debe ignorar la ley sobre las formas esenciales de los actos jurídicos. — Véase Troplong, n.º 901 y 920.





caso, dice el Codificador, no se toma como el instrumento que sirve para comprobar un hecho sino como la causa de la adquisición; así es que las palabras del artículo: «estando revestido de las so-

sesión de un año; pero se abolió este género de usucapión, y únicamente quedó la que el heredero invocaba en su calidad de tal como base de la usucapión, que también se llamó *pro herede*, es respecto de este título que dice Pothier, *Presc.* n° 62: «el título *pro herede*; es decir, el título de sucesión, es también un justo título. Un título que por su naturaleza es traslativo de la propiedad: porque él trasmite al heredero la propiedad de todas las cosas de la sucesión de que el difunto era propietario. Si él no trasmite la propiedad de las cosas que el difunto poseía sin ser propietario de ellas, no es por defecto de título, es por defecto de derecho en la persona del difunto que no ha podido transmitir un derecho de propiedad que no tenía. Pero él no trasmite á su heredero la propiedad de las cosas; él le trasmite, solamente cuando las poseía en virtud de un justo título, el derecho de continuar y de acabar la prescripción comenzada». En este sentido no se puede desechar, como lo hace Troplong, el título *pro herede* como un justo título; Pothier sostiene el título *pro herede* en un caso de excepción, suponiendo que el heredero pueda comenzar en su persona la posesión de una cosa, sin tener en cuenta á su causante, y creo que por nuestro derecho no sería posible aceptar tal hipótesis, porque no se puede prescribir por diez ó veinte años, sin título, aunque se tenga buena fe. Así, en el caso supuesto por Pothier, de encontrarse el heredero con una cosa en la casa del difunto, sin que éste mismo haya tenido jamás conocimiento de su existencia, dice dicho autor: «el heredero que la encuentra tiene un justo motivo para creer que forma parte de la sucesión y posee esta cosa *pro herede*; no se puede decir, agrega, que la posesión del heredero no sea sino una continuación de la del difunto, pues éste no ha tenido conocimiento de esa cosa, y no ha podido adquirir la posesión de ella. Es en este caso que es necesario entender que dice Pomponio: *plerique putarunt, si heres sim, et putem rem aliquam esse ex hereditate, que non sit, posse me usucapere*». Pero ya lo hemos dicho, sin título no se puede prescribir por diez ó veinte años, aunque el poseedor tuviera justo motivo para creer que existía ese título, porque la propiedad no se trasmite sin un título, y sólo en la prescripción treintenaria ésta forma el título. No estoy, pues, conforme con los que creen que el poseedor de una cosa con el título *pro herede* sólo la puede prescribir por treinta años, porque entonces la posee por sí, sin necesidad de ocurrir á su causante y la prescribe por derecho propio; cuando su autor ha tenido título traslativo de la propiedad, el sucesor



lemnidades exigidas», no se refieren al instrumento mismo, sino al acto de trasmisión que debe llenar las condiciones de la ley

prescribirá con el mismo título por diez y veinte años en virtud de su título *pro herede*.

Dijimos que cuando el título tuviere un vicio de forma no podía servir de base para la prescripción de diez y veinte años, porque esa nulidad salta, por decirlo así, á la vista del adquirente, quien no puede ignorar, ó más bien dicho no puede alegar la ignorancia del derecho; pero si la nulidad proviniera de cualquier otra causa fundada en un hecho, ese título traslativo de la propiedad serviría para la prescripción de diez y veinte años. Cuando estudiemos el art. 4011, que habla del título putativo, demostraremos que esa expresión sólo comprende al título inexistente, pero que se ha considerado como real y verdadero. Así pues, un título nulo ó anulable por cualquiera causa que no sea de forma, puede servir para la prescripción de diez ó veinte años.

Hemos dicho que se exceptúa la nulidad proveniente de la forma, y debemos igualmente separar la que proviene de la prohibición de la ley respecto al acto mismo, como si se tratase de la enajenación de una cosa que estuviera fuera del comercio, que no se podría prescribir por diez ó veinte años. Por la misma razón desecharíamos como justo título el fundado en un acto prohibido por las leyes; por ejemplo, la sustitución de heredero que es prohibida por derecho, si la adquisición se fundara en una sustitución prohibida, no serviría de título para la prescripción de diez y veinte años, por más buena fe que se suponga en el adquirente, por error do derecho.

El justo título, según el sentido del artículo y de la doctrina del Código, es aquél que proviene de un acto jurídico no prohibido por la ley, que trasfiere la propiedad, sin consideración á la capacidad del enajenante, y sin averiguar si es ó no el verdadero propietario de la cosa; así el justo título exige únicamente que el acto sea permitido y tenga por fin pasar la propiedad al adquirente, siempre que el acto llene las formas externas exigidas por la ley para su validez. Una venta, por ejemplo, de un bien raíz, realizada por una mujer casada, sin consentimiento de su marido, en escritura pública, serviría de base para la prescripción de diez y veinte años, porque el acto es traslativo de la propiedad, aunque el título sea anulable, si hubiere buena fe.

Véase lo dicho en el comentario al art. 3999, sobre el justo título.

Goyena, art. 1958, dice: «entiéndese por justo título, el legal y capaz de transferir la propiedad», y agrega explicando estas condiciones, las palabras de las leyes 9, 14 y 18, tit. 29, Part. 3ª: «por compra, do-



para que se considere transferido el dominio; así no sería título de adquisición que diera origen á la prescripción de diez y veinte años, el comodato ó el arrendamiento, porque la causa no es de trasmisión.

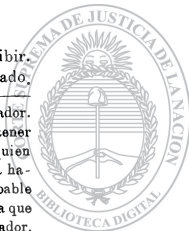
Otra de las condiciones que debe llenar es que *el título debe ser verdadero y aplicado en realidad al inmueble poseído (art. 4011, 1ª parte)*; porque si por error de hecho el poseedor ha tomado otro inmueble del que le corresponde por el título, no podrá alegar la prescripción de diez y veinte años para adquirirlo, porque en realidad no tiene título. *El título putativo no es suficiente, cualesquiera que sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente (art. 4011, últ. parte)*; porque la creencia,

nadio, ó por cambio ó por otra razón semejante de estas», refiriéndose al acto que transfiere la propiedad sin consideración á la capacidad de la persona. — Comp. LAURENT, XXXII, 394 y sig. DURANTON, XXI, 368 y sig.—Véanse arts. 2355, 4011 y 4012.

(Art. 4011.) Cuando el artículo exige que el título sea verdadero, quiere expresar que para la prescripción de diez y veinte años se necesita un título translativo de la propiedad, sin admitirse la creencia aunque sea fundada en un error de hecho, á diferencia de las leyes romanas, y las de Partida, que exceptuaban el caso en que hubiera mediado un justísimo error de hecho: así decía la ley 11, tit. 4, lib. 41, *Digesto*: ase dice ordinariamente que quien crea haber comprado, y que sin embargo

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4010. — L. 9, Tit. 2º, Part. 3ª. — Instit., Tit. 6, Lib. 2, Proemio. — Cód. de Luisiana, art. 344º. — Sobre la última parte, Zachariæ, § 854. — Vazeille, nº 491. — Troplong, nº 905 y 873. — La palabra *título* es empleada aquí para designar no el acto, el instrumento que compruebe el hecho de una adquisición, sino la causa de la adquisición. Es, pues, justo título, todo acontecimiento que hubiese investido del derecho al poseedor, si el que lo ha dado hubiese sido señor de la cosa. Así, el pago por ejemplo, es un título. El acreedor puede prescribir la cosa que ha sido pagada, ya se le haya pagado la misma cosa que era debida, ya se le haya dado otra que él hubiese aceptado en pago. — Zachariæ, § 854. — Troplong, *Prescrip.*, nº 881. — Pothier *Prescrip.*, nº 82.

Por justo título se entiende exclusivamente la reunión de las condiciones legales que prescribe el artículo. Cuando se exige un justo título no es un acto que emane del verdadero propietario, puesto que es contra él que la ley autoriza la prescripción. Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión, es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir. — Véase Vazeille, *Prescrip.*, nº 473. — Troplong, nº 873. — Aubry y Rau, § 218 y nota 1.

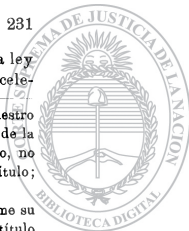


por fundada que sea, no puede crear un título para prescribir. Hay que distinguir entre el título tácito, putativo y el colorado.

no ha comprado realmente no puede prescribir á título de comprador. Esto es verdad, si el comprador no ha tenido una justa causa para tener esa creencia errónea. Porque si á un esclavo ó á un procurador á quien he dado orden para comprarme una cosa, me ha persuadido que la había comprado, y me la ha entregado en consecuencia, es más probable que la prescripción tendrá lugar». Para dejar sin efecto esta doctrina que se fundaba en un título que sólo existía en la creencia del comprador, es que el artículo ha dicho: el título debe ser verdadero, real; la verdad debe primar sobre la ficción, si no hay título, no hay prescripción de diez y veinte años.

Nuestro artículo ha sustituido al término que emplea Goyena, hablando del título que debe ser verdadero y *válido*, la expresión de *aplicado en realidad al inmueble*; porque el título válido abraza un orden de ideas que no sólo se refiere á la forma, sino á la capacidad del enajenante, mientras que por nuestro derecho se ha admitido que un título nulo ó anulable, no siendo por vicio de forma, es útil para la prescripción de diez y veinte años, siempre que haya buena fe en el adquirente. Así, la la expresión de que el título verdadero debe ser aplicable al inmueble poseído, expresa la idea de que, si por error de hecho se tiene otra cosa en lugar de la comprendida en el título, no será bastante para la prescripción de diez y veinte años; por ejemplo, he comprado la casa A, y creyendo que es la comprada tomo otra, poseyéndola diez ó veinte años; si el verdadero dueño viniera á reivindicarla, no podría oponerle la prescripción con título, pues es evidente que no lo tengo con relación al inmueble poseído. Lo mismo sucedería si se tratase de un área determinada de terreno poseída con título, no podría alegar la prescripción de diez y veinte años con relación á la parte que no estuviera comprendida en el título, aunque tuviera perfecta buena fe, por haberme entregado el terreno cercado ó dentro de muros. Otra cosa se decidiría, cuando el terreno estuviera entre límites determinados, porque la designación del área se considera como una enunciación. Así, la expresión del artículo: el título verdadero debe ser aplicable al inmueble que se quiere prescribir, no sólo comprende la necesidad de que sea el mismo inmueble á que se refiere el título, sino que también debe abrazar la extensión del área.

En cuanto al título putativo, es necesario examinar lo que los autores entienden por títulos tácitos, presuntos y putativos. Título tácito es aquél cuya existencia se funda en ciertas circunstancias, en que



La palabra *putativo* no está tomada en el sentido que le da la ley de matrimonio civil, porque allí se refiere á un matrimonio cele-

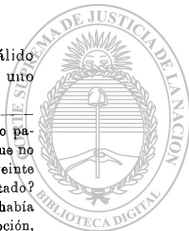
la ley lo hace nacer una vez producidas esas condiciones. Por nuestro derecho no se conocen títulos tácitos en la verdadera extensión de la palabra, porque la posesión que en las cosas muebles vale por título, no se puede considerar como un título tácito, pues es un verdadero título; la posesión es el título salvo la prueba contraria.

El título presumido es aquel que en caso de duda la ley presume su existencia, y D'Argentree coloca la posesión de treinta años como título presumido, pues dice, la ley supone que el poseedor ha tenido un título, lo que no es admisible por nuestro derecho, porque según él, la posesión de treinta años es un verdadero título; la ley no presume su existencia, por el contrario lo declara y reconoce como verdadero. No hay, pues, en el derecho argentino un título presunto en el sentido y alcance que los autores extranjeros dan á este título.

El título *colorado*, como se llamaba en el antiguo derecho español al título que se fundaba en alguna apariencia de razón y de justicia, es el que hace suponer la buena fe, pero que no es suficiente para transferir por sí solo la propiedad, sin el auxilio de la posesión y de la prescripción. Este título comprende todos los títulos anulables.

Finalmente, el título *putativo* es el que no existe en realidad, pero que el adquirente, por razones más ó menos justas, cree en su existencia, como, por ejemplo, cuando el que ha tomado la cosa se cree heredero sin serlo, ó si ha encargado la compra de un campo y el apoderado se lo entrega afirmándole haberlo comprado y pagado teniendo los títulos en su poder. Hay un error de hecho, en ambos casos, que constituye al adquirente en poseedor de buena fe; pero no lo autoriza para prescribir por diez ó veinte años, porque no tiene título. Así, pues, en esta parte se viene á confirmar la interpretación que dimos á la primera del artículo, cuando dice, el título debe ser verdadero; es decir, debe existir en realidad, pues el título putativo ó el que se supone por un error de hecho no autoriza para prescribir por diez y veinte años.

Nuestro Código ha rechazado la teoría del derecho romano, que distinguía entre el error de hecho y el de derecho, desechando éste, y admitiendo como válido para prescribir, el que sin existencia real se fundaba en un error de hecho que hacía considerar como existente el título, que en realidad no existía. Nuestro Código, siguiendo al francés, ha exigido no sólo la creencia por fundada que fuera de que existía, sino el título mismo traslativo de la propiedad acompañado de la buena fe necesario para la prescripción de diez y veinte años.



brado que viene á anularse, pero produciendo el efecto del válido con relación á la prole que se legitima por la buena fe de uno sólo de los cónyuges.

Si suponemos que una persona que se dice, sin serlo, próximo pariente del fallecido, ha sido puesta en posesión de la herencia porque no se han presentado los otros parientes, ¿podría prescribir por diez y veinte años contra los parientes más próximos que no se hubieran presentado? En el derecho romano la cuestión era muy controvertida, porque había una disposición del emperador Juliano que autorizaba la prescripción, mientras otras de los emperadores, Diocleciano y Maximiano, la negaban; pero por nuestro derecho no hay cuestión posible; porque el error de hecho, por fundado que sea, no puede crear un título que no existe, probándose el error padecido. El título *pro herede* no puede invocarse para prescribir contra el mismo heredero, sucesor y dueño, por decirlo así, del derecho; ese título se puede alegar contra los terceros, ó cuando el causante hubiera comenzado á prescribir, en que el heredero continúa en la posesión y prescribe contra el tercero.

Se puede presentar otro caso en que el error de hecho sea evidente, lo que sucedería cuando fuera ocasionado por haberse equivocado con una persona del mismo nombre, como si, por ejemplo, se hubiera legado una casa á Pedro Rosales y se entregase á un Pedro Rosales desconocido del testador. El poseedor no tiene en realidad título alguno, su posesión se funda en un error, pues jamás ha sido legatario, desde que se demuestre el error. No se podría fundar el título en el pago y entrega del legado que se le ha hecho; porque el título *pro soluto* resultaría sin causa; en vano se pretendería asimilarlo á la venta de la cosa ajena, porque el vendedor, estando obligado á la evicción, no puede reclamar de la venta, mientras el heredero tiene derecho para demandar el pago de lo indebido; por otra parte, la venta de cosa ajena es un título constituido en favor del adquirente, quien puede prescribir por diez y veinte años, no así el que recibe por error un legado que no le ha sido dejado. Pothier, *Prescrip.* n.º 83, sostiene lo contrario, cuando dice: «observad respecto del título *pro soluto*, que aunque un pago supone una deuda; sin embargo, aquél á quien se ha pagado una cosa, que él crea de buena fe que le era debida, puede prescribirla»; lo que puede admitirse tratándose de la prescripción de treinta años, no así con relación á la de diez y veinte años que necesita título verdadero, que no puede ser suplido por la creencia en el enajenante ni en el adquirente.

Supongamos otro caso que en el derecho romano ha dado ocasión á vivas controversias. Un testador ha legado á Julio una tercera parte de



Como todos están obligados á conocer el derecho, resultará que, *el título nulo por defecto de forma, no puede servir de base para la prescripción (art. 4012)*; porque la nulidad está patente,

sus bienes. En un testamento posterior revoca ese legado y lo hace á Alberto. A su muerte sólo se encuentra el primer testamento, y con arreglo á su disposición se entrega á Julio la tercera parte. Unos, sostenían que Julio podía prescribir por diez y veinte años contra Alberto, y los otros, negaban esa prescripción. Por nuestro derecho, Julio no tiene título, porque se funda en un error de hecho, y por más que le suponemos buena fe en su posesión, esa condición no es bastante para autorizar la prescripción de diez y veinte años, desde que falta el justo título.

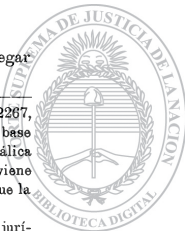
Y para concluir sobre este punto, debemos decir, que nuestro Código ha venido á resolver todas las cuestiones relativas al error de hecho que jamás puede suplir la falta del título traslativo de la propiedad. El error de hecho sólo es excusable y autoriza la prescripción de diez y veinte años, cuando existe el título traslativo, y versa únicamente sobre la capacidad de la persona que ejecuta el acto, como si se le creyera mayor de edad, no siéndolo.

Goyena, al proyectar con otros el art. 1959, dice con claridad: «el título para la prescripción, ha de ser verdadero y válido. El error de hecho no basta para subsanar *ninguno de estos dos defectos*.» Esta es la doctrina consagrada por nuestro artículo. — Comp., los autores citados en la nota del Dr. Velez-Sarsfield. — Véanse arts. 2353, 2357, 3428, 3430 y 3752.

(**Art. 4012.**) Lo primero que se nota al estudiar este artículo es la semejanza que tiene con el art. 4009, en que el vicio *de forma* en el título de la adquisición hace suponer mala fe en el poseedor, y esto ha hecho decir á algunos autores que aquel artículo no tiene importancia, cuando lo que en él se quiere establecer y legislar son los casos de mala fe del poseedor, sin referirse al justo título, que es otra de las condiciones y de que se ocupa el artículo que estudiamos. Así, el vicio de forma supone la mala fe, mientras el título nulo no es justo título y no puede servir de base á la prescripción. Y por eso habla del título *nulo* por defecto de forma y no del *anulable*, que se reputa justo título y sirve para la prescripción de diez y veinte años en ciertos casos.

Pero antes de estudiar el artículo en sus desenvolvimientos ulterio-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4011. — L. 14, Tit. 2º, Part. 3º. — Instit. Lib. 2, Tit. 6, § 6. — L. 2, Tit. 4, Lib. 41, Dig. — Zachariae, § 854, nota 4. — Aubry y Rau, § 218. — Troplong, *Prescrip.*, nº 8º0. — En contra, Pothier, *Prescrip.*, nº 95. — Troplong, impugna la opinión de Pothier, que dice haber confundido el título putativo con el título tácito.



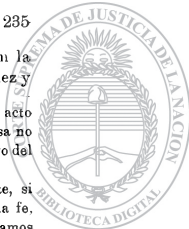
por decirlo así, en el mismo título, y no es permitido alegar buena fe al que debe conocer esa nulidad.

res, determinemos su filiación; ha sido tomado del Cód. francés, art. 2267, que dice: «el título nulo por defecto de forma, no puede servir de base para la prescripción *de diez y veinte años*»; las palabras en letra itálica han sido suprimidas por olvido, pues se sobreentienden, desde que viene hablando de la prescripción de diez y veinte años, y también porque la prescripción de treinta años no necesita de título.

El título nulo por vicio de forma, sólo comprende aquellos actos jurídicos que se consideran inexistentes si no están en la forma exigida por la ley; como por ejemplo, en la donación, la escritura pública y su aceptación; ó cuando la ley exige la forma escrita para la existencia de ciertos contratos. Así, el comprador de un inmueble cuyo título es un documento privado, no podría prescribir por diez y veinte años, porque en realidad no tiene el instrumento público que la ley exige para la transmisión del dominio, y aunque la venta sea un título suficiente, le falta la forma. Bigot Prémeneu, ha ido más lejos cuando decía en su exposición de motivos ante el Tribunado Francés, al estudiar el art. 2267: «el título debe ser válido; no sería válido, si fuera contrario á las leyes, y aunque no fuera nulo sino por un vicio de forma, no podría autorizar esta prescripción».

El título debe ser *nulo* por defecto de forma, según nuestro artículo, luego un título *anulable* serviría de base para la prescripción. Hemos rechazado como impropia é inaplicable, según el sistema de nuestro Código, las expresiones de nulidad *absoluta* y nulidad *relativa*, porque esas nulidades no se definen ni se conocen; adoptando las de actos *nulos* y *anulables* , legislados en un título especial. No obstante este error, seguiremos la clasificación que generalmente adoptan nuestros tribunales siguiendo la legislación francesa, que llama nulidad absoluta á la que considera el acto como inexistente, y que según nuestro Código, es nulo; y nulidad relativa á la que sólo hace anulable el acto á solicitud del incapaz ó del que puede reclamar la falta de formalidad, y que entre nosotros debe llamarse *anulable*.

Ahora bien, un título *nulo* por defecto de forma, se considera como inexistente, y si no hay título, la prescripción de diez y veinte años no puede tener lugar, desde que se funda en el título y éste no existe. Así, la donación de un inmueble hecha por instrumento privado no puede servir de título para prescribir por diez ó veinte años. Por el contrario, la venta de un bien raíz hecha por la mujer casada, en escritura pública, sin consentimiento del marido, ignorándolo el comprador, es un título



Hay actos en que el justo título se liga íntimamente con la buena fe que debe tener el adquirente para prescribir por diez y

suficiente para prescribir, si la cosa ha sido transmitida, porque el acto es únicamente anulable. El tercero extraño que reivindica la cosa no puede alegar la falta de autorización, porque es un derecho exclusivo del enajenante.

Pero aquí se levanta una nueva dificultad; si el título existe, si es traslativo de la propiedad, se pregunta ¿podrá existir la buena fe, requerida para la prescripción? Ya lo hemos dicho, cuando estudiamos lo que debía entenderse por buena fe; si el adquirente conocía la incapacidad del enajenante, si sabía que no tenía facultad para transmitirle la propiedad, no habría podido tener la convicción de que su título fuera inatacable, él no puede creerse propietario de una cosa que sabe no ha podido transmitírsele. Así, no habría buena fe en el albacea que adquiere un bien raíz de la testamentaria en que desempeña su mandato; como no la habría en el mayor que compra á un menor un bien raíz, conociendo la incapacidad del enajenante.

Y aquí vuelve á tratarse la cuestión, á saber: si la confirmación de un acto nulo, ó la ejecución voluntaria en los casos en que puede tener lugar, autorizarían la prescripción de diez y veinte años. Pothier, enseña una doctrina que hemos aceptado en parte, rechazándola en lo demás, porque no se armoniza con las disposiciones de nuestro Código, dice: «cuando el defecto de título no procede sino de algún defecto de forma; si aquel en cuyo favor la forma se ha establecido renuncia á ella y considera el título como válido, debe ser reputado válido. Por ejemplo, cuando en un legado hubiere algún defecto de forma, si el heredero no ha querido considerarlo como tal, y ha hecho entrega al legatario de la cosa legada, el legatario adquiere la propiedad, si el heredero era propietario, ó el derecho de adquirirlo por prescripción, *tit. pro legato*, si no lo era»; pero en la nota al n° 88, nos dice que en caso de revocación del legado, como éste no existe no lo poseería *pro legato* sino *pro suo* ó *pro donato*, porque en ese caso la entrega de la cosa importaría una donación hecha por el heredero. Por mi parte he dicho que podría prescribir la cosa, si el causante de la sucesión la hubiese comenzado á prescribir con título para completar la prescripción de diez y veinte años, si no lo tenía, sólo podría alegar la prescripción de treinta años, uniendo ambas posesiones. El título *pro legato* sólo puede tener lugar entre nosotros cuando el heredero era propietario de la cosa por haberlo sido su causante.

Hicimos aun esta observación á la doctrina de Pothier: que la simple



veinte años, en esos casos, aunque la nulidad de que adolezca el título de adquisición fuera de aquellas que se confirman por

renuncia del heredero ó del causante á alegar la nulidad por falta de forma, no era suficiente para dar derecho á prescribir por diez ó veinte años, contra el verdadero propietario que reclamase la cosa; era necesario confirmar el acto expresamente reproduciendo la forma exigida por la ley, y la prescripción para los terceros sólo principiaria á correr desde que se cumplió la forma. Dijimos igualmente que, cuando el vicio no se refería á la forma sino á la falta de consentimiento, como, por ejemplo, en la violencia ó el fraude, entonces bastaba la renuncia del enajenante para que la buena fe necesaria para la prescripción con título, naciera desde el momento de la renuncia.

La entrega de la cosa legada no es por sí sola bastante para formar un título para prescribir por diez ó veinte años, y en esa parte estamos conformes con Duranton que critica la doctrina de Pothier; pero cuando la entrega se ha hecho reconociendo que el testamento nulo por su forma no tiene valor, y que no obstante el heredero único ó todos han transmitido la cosa al legatario haciendo constar esa circunstancia y expresando que, no obstante esa nulidad ellos quieren cumplir la voluntad de su causante otorgándole el título necesario, y entregándole la cosa, no creo que se pueda negar que desde ese instante tiene un título para prescribir por diez y veinte años; ya no sería *pro legato*, porque el legado no existe desde que no hay testamento; pero habría donación de parte de los herederos y con ese título prescribiría. Sin embargo, al admitir por nuestra parte este título como suficiente para la prescripción de diez y veinte años, debemos observar que, únicamente la hacemos comenzar desde el otorgamiento del nuevo título, y que la posesión anterior no se debe contar porque no existía aquél, pues era nulo por defecto de forma.

La confirmación de un acto nulo por defecto de forma, como por defecto del consentimiento, tiene efecto retroactivo al momento en que el acto confirmado tuvo lugar; esto es cierto, pero también es un principio reconocido por todos los autores que ese efecto sólo se produce para los contratantes, porque los terceros no pueden ser perjudicados en los derechos adquiridos; para ellos el acto no ha existido sino desde la confirmación. Así dice Duranton, XXI, 379: «es verdad que un título nulo por defecto de forma, como un título nulo por violencia, error, dolo, incapacidad del contratante, puede ser confirmado y de muchas maneras: ó por una ratificación expresa, ó por una ratificación tácita resultante de la ejecución voluntaria, y una y otra después de la época en que el acto podía válidamente ser confirmado; pero no puede perjudicar á ter-

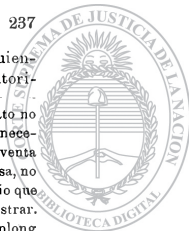
sólo el silencio del enajenante durante los dos años subsiguientes á la desaparición de la causa que la anulaba, no se autori-

ceros». En nuestro derecho, la ejecución del legado ó del contrato no sería suficiente para hacer desaparecer la nulidad de forma, sería necesario un acto expreso hecho con las formalidades de la ley. Así, la venta de un inmueble otorgada en instrumento privado entregando la cosa, no daría título para la prescripción de diez y veinte años, sería necesario que el acto se confirmase otorgando la escritura pública y haciéndola registrar.

Como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota tomada de Troplong y de Massé y Vergé, sobre Zachariæ, la nulidad de un acto puede recaer sobre las formas intrínsecas; por ejemplo, sobre las condiciones esenciales del contrato, ó sobre la forma extrínseca: es decir, sobre el escrito que lo demuestra. La forma intrínseca comprende lo que podemos llamar la parte interior del contrato, como la capacidad, el consentimiento, la cosa objeto del contrato; mientras la forma exterior, se refiere al instrumento que sirve de prueba, como en las donaciones que no se juzgan probadas sino por la exhibición de la correspondiente escritura en que se hubiesen hecho, art. 1812. Nuestro artículo comprende únicamente la nulidad que proviene de la forma extrínseca.

Es necesario no confundir, como lo hacen algunos autores, la nulidad que se acostumbra á llamar *absoluta*, en que el acto se considera como inexistente, ó el acto *nulo*, como le llama el Código, del acto *anulable*. Así, un acto nulo por falta de consentimiento, como el contrato celebrado con un impúber, incapaz de consentir, ó con un demente declarado tal en juicio, no producen efecto alguno; pero puede confirmarse cuando haya desaparecido la causa que lo anulaba, sin que la confirmación perjudique á terceros; lo que prueba la verdad de la proposición sostenida en el art. 1047, de que todos los actos nulos pueden confirmarse, siempre que haya desaparecido el obstáculo: lo mismo diremos de la nulidad de forma extrínseca, cuando faltare la forma exigida por la ley so pena de nulidad, como por ejemplo, la donación hecha sin escritura, que sería válida una vez que se hubiera llenado la forma.

La forma intrínseca ó que se refiere á las formalidades internas del acto mismo, y que abraza la capacidad de los contratantes, la libertad del consentimiento, ó se refieren á la cosa misma que es objeto del acto jurídico, todos esos vicios que pueden hacerlo anulable, no impiden la prescripción de diez y veinte años; así, la mujer casada que sin consentimiento de su marido, vende un bien raíz, ocultando su incapacidad, otorga un título anulable, pero suficiente para servir de base á la prescripción con título.



zaria la prescripción; así dice el **art. 4013**: *aunque la nulidad del título sea meramente relativa al que adquiere la cosa, no*

Finalmente, debemos repetir lo dicho en el art. 1047, de que la nulidad absoluta es susceptible de confirmación, por más que ese artículo diga lo contrario; porque ahí están los arts. 1059 y sig., que hablan del modo cómo se pueden confirmar los actos nulos ó anulables.—Comp. LAURENT, XXXII, 394. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, 667 y sig. AUBRY y RAU, § 218.—Véanse arts. 2602, 2355, 4009 y 4016.

(**Art. 4013.**) Para explicar el presente artículo, es necesario recordar lo dicho en el comentario del anterior, y sobre todo lo que dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota al art. 4012, tomada de Massé y Vergé, que «si el acto no es nulo sino anulable, puede servir al poseedor.» ¿Cómo se explicaría entonces el presente artículo, que declara inhábil para prescribir con un título cuya nulidad sea meramente relativa? Parece contradecir aquella proposición, y como las disposiciones de un mismo Código deben armonizarse en cuanto sea posible encontrar una explicación satisfactoria, vamos á hacerlo, con tanta más razón, cuanto que parece fácil, si ocurrimos á las fuentes de donde ha sido tomada la disposición.

La nota del Dr. Velez-Sarsfield, nos indica que el artículo ha sido tomado de Vazeille, n° 481; veamos lo que dicho autor dice. Comienza por estudiar esta cuestión: si el adquirente conocía la incapacidad de la persona con quien contrata, y se pregunta: ¿ese conocimiento lo hace adquirente de mala fe con relación al tercero que reivindica la propiedad comprada al incapaz? Y se decide por la afirmativa, diciendo: «el poseedor que conoce los vicios de su título, no tiene ni la buena fe ni el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4012. — Cód. Francés, art. 2267. — Troplong, n° 903. — Marcadé, sobre el art. 2265. — La existencia del título es una condición substancial de la prescripción. Un título destituido de las formas esenciales no es título, y nada puede probar. El tenedor de un título tal no puede tener en su derecho una confianza firme y completa, sobre la cual repose la prescripción, y por eso hemos establecido que un título nulo por un vicio en la forma, no puede crear la buena fe del poseedor. Debemos distinguir las formas intrínsecas de las extrínsecas. La nulidad del acto puede proceder de sus formas intrínsecas, por ejemplo, sobre las condiciones esenciales del contrato ó de la forma extrínseca, el escrito que lo comprueba, cuando el escrito está sujeto á ciertas formas solemnes. En el primer caso, el acto no puede ser para el poseedor un justo título. Si al contrario, por un vicio cualquiera el acto no es nulo, sino anulable, puede servir al poseedor. En el segundo caso, la nulidad del acto por la forma es un obstáculo invencible para que sea un justo título; tal sería la venta de un inmueble por un documento privado.



puede prescribir contra un tercero ni contra aquellos mismos de quienes emana el título; porque le falta la buena fe; por ejemplo, la

justo título necesario para prescribir», agregando, que no hay diferencia que hacer entre la nulidad relativa y la nulidad absoluta que proviene de la prohibición de la ley ó de la incapacidad que ella pronuncia, declarando que el título es vicioso en todos los casos é inútil para la prescripción, porque la ley no ha establecido ni distinción ni excepción; y agrega en el n° 476: «¿pero no se puede decir, al menos, que el título es útil para la prescripción, así que su nulidad se encuentre á cubierto por la expiración del término de la acción rescisoria? Si la prescripción, dice, de la nulidad del acto podía purgarse con el tercero al que se opone ese acto que le es extraño, como con la parte que lo ha consentido, la ley habría podido establecer que, el título cuya prescripción ha borrado los vicios originales, es propio para fundar una nueva prescripción contra el tercer propietario. Pero no se puede alegar contra este tercero, sino la prescripción que le concierne; es decir, la de treinta años sin título, ó la de diez años fundada sobre un título que lleve en sí, independientemente de toda verificación ulterior, la prueba de su validez, respecto de aquél de quien emana... La ley, relativamente al tercero no considera el título sino en su origen, y no le atribuye el poder de servir de fundamento á la prescripción decenal, sino en tanto que ha podido ser un justo título en el momento en que se ha formado.» Se ve, pues, que la cuestión estudiada y resuelta por Vazeille, es la de saber si el adquirente que conocía la incapacidad de la persona que produce la nulidad del acto, podía ser considerado adquirente de buena fe con relación al tercero que reivindica la cosa como propietario. Es, pues, con respecto á la buena fe que estudia la cuestión. En la nulidad relativa por defecto de capacidad, como por ejemplo, en la enajenación de un bien raíz hecho por la mujer casada, sin consentimiento de su marido, si el adquirente conocía la incapacidad, no se puede llamar de buena fe, así agrega en el n° 482: «acabamos de establecer que los actos nulos por la incapacidad del disponente, cuando era conocida del adquirente, son inútiles para esta prescripción, aun después de pasado el término para deducir la acción rescisoria. Pero creemos que se debe acordar más efecto á los actos contra los que no habría sino medios de rescisión fundados sobre la violencia, el error ó el dolo. Si esos actos en el fondo parecen menos justos aun que los otros, su nulidad no es tan positiva, ella no se manifiesta tan fácilmente; se funda en circunstancias y en hechos de fraude que no se presumen y que es necesario probar.» Hacemos estas transcripciones para demostrar que Vazeille, inspirador de nuestro artículo,

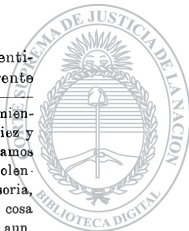


venta de un inmueble hecha por la mujer casada sin consentimiento ó autorización de su marido, conociendo el adquirente

habla de la nulidad relativa que es conocida del adquirente, conociendo que lo priva de la buena fe necesaria para la prescripción de diez y veinte años, y es á la que se refiere nuestro artículo; pero no estamos conformes con dicho autor, cuando acepta el título fundado en la violencia, dolo ó fraude, siempre que se haya perdido la acción rescisoria, porque, como hemos sostenido anteriormente, el que adquiere una cosa por medio de la violencia, no puede tener buena fe para prescribir, aun que la acción de nulidad se haya prescripto; es necesario que el enajenante haya confirmado el acto para que la buena fe en la adquisición pueda alegarse.

Cuando el adquirente ha ignorado la incapacidad del enajenante, ó cuando lo ha creído dueño de la cosa, sin serlo, en esos casos la prescripción de diez y veinte años, viene en su ayuda, y en ese sentido dice Zachariæ, § 854, citado en la nota: «pero un título no sería inútil para la usucapción, porque únicamente aquél de quien emana no tuviera derecho para enajenar la cosa, ó porque pudiera ser atacado por causa de nulidad relativa; diciendo en la nota: así, por ejemplo, la venta de la cosa ajena es un *titulus ad usurpationem habilis*, con tal que el vendedor haya vendido la cosa como suya, y agregando Massé y Vergé: es precisamente para este caso y los casos análogos que la usucapción por diez años ha sido establecida.

Marcadé es más claro y preciso, y apoya la explicación que damos á este artículo que no podría conciliarse con las doctrinas enseñadas por el mismo Código, y las que se sostienen en la nota. Así, dice Marcadé: «la segunda condición exigida para prescribir por diez y veinte años, es la buena fe. Se ha visto que la primera condición entra en ésta, y que no puede haber buena fe sin que haya justo título; pero puede muy bien existir justo título sin que haya buena fe. Pero la ley exige tan rigurosamente, y con más rigor de lo que se piensa algunas veces esta condición de la buena fe. Esta buena fe debe ser entera y completa, debe reposar en las bases más respetables, ella debe mostrar al adquirente al abrigo de toda especie de reproche.... La buena fe se constituye de tres elementos. Es necesario, en efecto: 1º, que el adquirente haya creído al enajenante dueño de la cosa; 2º, que lo haya creído capaz de enajenar; 3º, que el título de trasmisión haya sido tenido por él como libre de todo vicio. Si una de estas condiciones falta, el poseedor no ha adquirido con una conciencia tranquila y plena seguridad, no ha podido tener una perfecta convicción de su buen derecho, y no ha tenido desde entonces la

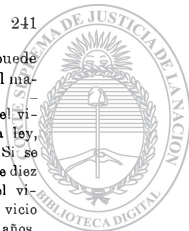


esa circunstancia, es nula relativamente á la mujer, que puede consentirla después de la disolución del matrimonio, ó que el ma-

completa buena fe que la ley exige». Así, pues, cuando se trata del vicio de forma, si falta cualquiera de las condiciones exigidas por la ley, el acto será nulo y no podrá servir de base para la prescripción. Si se habla del justo título, el vicio del título impedirá la prescripción de diez y veinte años, cuando es absoluto; pero podrá servirle de base, si el vicio es relativo. Sucede lo contrario con la buena fe, pues aunque el vicio sea puramente relativo, impide la prescripción de diez y veinte años, cuando es conocido del adquirente. Así, cuando el artículo dice: aunque la nulidad del título sea meramente relativa al que adquiere la cosa, no puede prescribir contra terceros ni contra los mismos de quienes emana el título, se refiere únicamente á los casos en que el adquirente conocía el vicio de su título, y por consiguiente no tenía la buena fe necesaria para la prescripción.

No es que se haya confundido el título con la buena fe, como pudiera creerse, porque la condición del justo título se llena con que éste sea de los que transmiten el dominio, siempre que tenga las formas externas exigidas por la ley; mientras la buena ó mala fe se funda en la creencia que la cosa era del enajenante, capaz de realizar el acto, y que éste no tiene vicio alguno.

En cuanto á la última parte del artículo sólo puede tener lugar cuando la acción de nulidad no se haya prescripto, en que el enajenante tiene acción para reclamar la cosa. Si suponemos la venta de un inmueble en que se ha violentado al vendedor; una vez que ha cesado la violencia por cualquier causa, comienza la prescripción de la acción que sólo dura dos años, según el art. 4030, y perdido el derecho de reclamar la cosa, el adquirente no la prescribe, la ha adquirido en virtud del título traslativo de la propiedad. Lo mismo sucederá con la acción de nulidad de los actos realizados por una mujer casada sin consentimiento de su marido; así, si suponemos que ésta vende una casa de su propiedad á B, sin consentimiento de su marido, que éste fallece al año siguiente, y la mujer guarda silencio y no reclama dentro de los dos años subsiguientes, el comprador la ha adquirido respecto de ella en virtud del título y no por prescripción; pero como sabía que la enajenante no podía realizar el acto; es decir, no tenía buena fe, no puede prescribirla por diez y veinte años contra los terceros que se la reclamaren por reivindicación. La posición parece extraña; pero es la que nace de los principios expuestos: sin buena fe no hay prescripción de diez y veinte años; pero hay adquisición sin prescripción con relación al enajenante que ha perdido





rido puede confirmarla, no es un título que autorice la prescripción de diez y veinte años, á menos de confirmación previa que haga desaparecer la mala fe del adquirente. Por una razón análoga, *el título subordinado á una condición suspensiva, no es eficaz para la prescripción, sino desde el cumplimiento de la condición. El título sometido á una condición resolutive, es útil desde su origen para la prescripción (art. 4014);* porque cuando la condi-

su derecho para reclamarla; para los terceros es necesario que llene las condiciones de la ley, es decir, que haya buena fe y justo título; para el enajenante le basta haber dejado transcurrir los dos años en que se prescribe la acción, pues el adquirente puede rechazar la anulación por la falta de consentimiento, alegando la prescripción, no de diez y veinte años, sino la de dos, en que se extingue la acción.

Creo, pues, equivocada la interpretación que algunos dan al artículo creyendo que sólo se aplica «á la nulidad de la forma del título, ó á la nulidad del acto respecto á su naturaleza intrínseca», afirmando que, «la primera puede ser relativa, en el sentido de ser únicamente anulable»; porque la nulidad de forma no admite esa división, ó es nulo el acto si no está en la forma determinada ó es válido si lo está, mientras que las condiciones intrínsecas que se refieren á la capacidad ó consentimiento, pueden hacer que el acto sea nulo ó anulable. Así, por ejemplo, la venta de un inmueble hecha por un interdicto sería nula, mientras que la misma enajenación hecha por una mujer casada sin consentimiento de su marido, es sólo anulable.

(**Art. 4014.**) Nuestro artículo viene á resolver la cuestión suscitada en derecho francés, sosteniendo Duranton, XXI, 376, que la enajenación hecha bajo condición suspensiva podía servir de base para la prescripción de diez y veinte años, porque una vez cumplida la condición sus efectos se retrotraen al momento en que se realizó el contrato, mientras que Pothier y demás jurisconsultos franceses sostienen lo contrario, apoyándose en la autoridad del derecho romano, cuya doctrina ha seguido nuestro Código. Así, la ley 2, § 2, tít. 4, lib. 41, Dig., dice: «en las ventas condicionales el comprador no prescribe mientras la condición está en suspenso. Lo mismo sucede si por error creyese que la condición se ha cumplido, no habiendo sucedido tal cosa». Se puede comparar este caso al que cree haber comprado, aunque no se haya efectuado la adquisición.

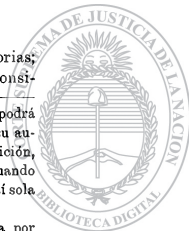
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4013.—Vazeille, n° 481.—Zachariæ, § 854.

ción es suspensiva, el título no existe en realidad, así pues, mientras la condición cumplida no venga á darle el carácter de irre-

Se parte de la hipótesis de una venta hecha bajo condición suspensiva, en que el comprador ha sido puesto en posesión de la cosa por cualquier causa, y que poseyéndola se cumple la condición que viene á hacer irrevocable su dominio. ¿Puede alegar esa posesión para prescribir por diez y veinte años? Duranton sostiene la afirmativa, cuando dice: «la adquisición ha tenido lugar desde el día del contrato, pues la condición se cumple con efecto retroactivo»; pero se le contesta, con razón, no se trata en este caso de determinar los efectos jurídicos que produce el cumplimiento de la condición, sino de investigar si el adquirente puesto en posesión antes del vencimiento de la condición ha podido tener el *animus domini* desde ese momento, sabiendo que está obligado á restituir el inmueble si la condición no llegara á cumplirse. Y la verdad es que el adquirente bajo condición suspensiva no puede tener la certeza, sin duda alguna, de que la cosa le pertenece exclusivamente, pues sabe que debe devolverla, si la condición no se cumpliera; no puede tener la buena fe necesaria para prescribir con título.

El título sometido á una condición suspensiva, dice Larombière (I, 4), no hace correr la prescripción en provecho del acreedor sino desde el acontecimiento de la condición. Y agrega, hasta entonces, en efecto, no ha conferido ningún derecho actual, sino una simple esperanza que no puede darle, en consecuencia, el convencimiento fundado de la propiedad adquirida, *justa opinio domini quesiti*. La propiedad continúa residiendo en su cabeza, el promitente posee por sí mismo ó por el acreedor que se ha puesto en posesión y se considera poseyendo para el promitente. Así, á la insuficiencia del título se une la ausencia ó lo precario de la posesión, en lo que toca al acreedor condicional. Y la retroactividad de la condición cumplida no tiene influencia sobre ese pasado, porque no hay ni título actual de propietario, ni posesión característica. Así, el estipulante no podrá prescribir por diez y veinte años sino á partir del cumplimiento de la condición, siempre que esté en posesión, condición esencial para prescribir, salvo el derecho de prevalerse de la prescripción cumplida en favor de su autor, ó de unir su posesión á la de este último para completar la prescripción». Queda así justificada la primera parte del artículo, porque el propietario bajo condición suspensiva no es tal propietario, ni puede alegar buena fe respecto de su posesión, pues sabe que el no cumplimiento de la condición deja sin efecto su derecho. Puede unir su posesión á la de su causante, si ambas han sido de buena fe; pero si el vendedor por quien ha poseído mientras la





vocable, sólo adquiere el derecho de pedir medidas conservatorias; si la condición no se cumple, el derecho se desvanece y se consi-

condición se cumplía era poseedor de mala fe, el comprador sólo podrá invocar su propia posesión y no tendrá derecho para alegar la de su autor. La prescripción comienza desde el cumplimiento de la condición, aunque el adquirente ignore el acontecimiento; pero no comenzará cuando por error haya creído que se ha cumplido, porque la buena fe por sí sola no crea el título.

En cuanto á la enajenación bajo condición resolutoria, varía por completo, porque la transmisión de la propiedad se ha hecho, el adquirente es dueño de la cosa y comienza á prescribir desde el momento en que la tradición se hizo y se otorgó la escritura. Puede haber incertidumbre en cuanto á la irrevocabilidad del dominio; pero no quita ni altera la buena fe de la adquisición; el comprador tiene fundado motivo para considerar la cosa como suya, y á semejanza del donatario, prescribe la cosa donada contra cualquier tercero que se diga propietario.

Troplong, II, 911, propone y estudia esta hipótesis: ¿Qué sucedería, si el que posee la cosa con un título bajo condición resolutoria, después de haberla adquirido por la prescripción decenal, contra un tercero que le hubiera pretendido turbar, la devolviese á aquel en cuyo provecho se hubiera estipulado la condición resolutoria? ¿Este último podría prevalerse de la prescripción adquirida en el tiempo intermedio por el poseedor? Para responder, por mi parte, á esta pregunta, debo declarar que me separo del ilustre comentador en cuanto al modo de estudiarla. Hago la distinción siguiente: si el enajenante bajo condición resolutoria tenía buena fe, daría una solución diferente; si ha tenido mala fe, mi respuesta coincide con la del autor. Estudiemos la cuestión.

He donado una casa de mi propiedad á B, cumpliendo las formas establecidas, bajo la condición resolutoria de hacer tal cosa en un tiempo determinado, con una cláusula de reversión. A, reivindica esa propiedad como suya y B, le opone la prescripción de diez años y lo vence; pasado el tiempo, la propiedad vuelve á mi poder por no haber ejecutado el cargo impuesto ó por haberse cumplido la reversión; en este caso se pregunta, si A, puede volver á demandarme la cosa, y si puedo prevalerme de la posesión del donatario para rechazar la acción. Separemos la excepción de la cosa juzgada que no se puede deducir, como algunos creen porque no son las mismas personas, desde que no soy heredero de mi donatario B, y esta excepción supone la misma cosa, la misma acción, y las mismas personas; no existe pues, cosa juzgada. Si yo poseía de buena fe y con justo título puedo oponer la posesión de mi donatario, precisa-



dera como si jamás hubiera existido; sucede lo contrario cuando el título está sometido á una condición resolutoria; porque el

mente porque vuelvo á tomar el inmueble en cuestión con el mismo título, como dice Troplong; porque no es uno nuevo desde que ya lo tenía; se reputa en ese caso como si no hubiera dejado de ser propietario, y por eso mismo se debe entregar el bien libre de hipoteca y demás cargas reales que el donatario le hubiera impuesto, arts. 1847 y 1855.

La revocación por inexecución de las cargas impuestas, que constan en el título mismo, así como la reversión, se opera con efecto retroactivo en estos casos, porque la cosa vuelve al donante libre de las cargas que le hubiera impuesto el donatario. Y por la misma razón, llevo á una conclusión idéntica á la de Troplong, cuando me niega el derecho de ampararme con la prescripción decenal alegada por mi donatario B, cuando yo hubiera sido poseedor de mala fe, ¿qué título es el que invocaría para defenderme de la reivindicación que vuelve á intentar A? No es seguramente el de mi donatario que al devolverme la cosa no me ha otorgado un nuevo título traslativo de dominio; es mi propio título que debo hacer valer, y como hemos supuesto que tenía mala fe, quiere decir entonces que no puede prescribir por diez y veinte años, y sólo puedo alegar la posesión de treinta. Según la teoría que sostengo, el donatario B, ha podido alegar la prescripción decenal, pues tenía buena fe y justo título; pero cuando la reversión ó la revocación tiene lugar, no existe más título que el mío, y si no es bastante para la prescripción de diez y veinte años, mi donatario no ha podido cambiarlo, ni puedo alegar el que él tenía. La posesión de mi donatario me servirá, sí, para prescribir por treinta años, porque se juzga que él ha poseído por mí.

Llegamos á una conclusión contraria á la establecida; si en lugar de volver á tomar el inmueble en virtud de la condición resolutoria ó de la reversión, que hace desaparecer el tiempo intermedio y las cargas impuestas por el donatario, yo adquiriese la cosa del poseedor de buena fe por un título nuevo, que pudiera invocar en adelante, como sucedería, por ejemplo, en la venta con pacto de retroventa, cuando se ha dejado de usar del derecho, y la adquisición queda irrevocable, si después el mismo vendedor adquiriese la misma cosa.—Comp. MARCADE, al art. 2267. LAURENT, XXXII, 398. LAROMBIÈRE, II, pág. 194, n° 4.— Véanse arts. 545, 553, 2398 y 3957.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4014.—L. 2, Tit. 4, Lib. 41. Dig.— Aubry y Rau, § 218.—Pothier, *Prescrip.*, n° 10.—Troplong, *Prescrip.*, n° 910 y siguiente.—Duranton, tomo XXI, n° 375.—Zachariæ, § 854, nota 6.—Así cuando un mandatario, garantizando la aprobación del propietario, vende una

adquirente es dueño de la cosa y puede prescribirla como propietario, aunque su dominio sea revocable.

§ 1087. — DE LA PRESCRIPCIÓN DE TREINTA AÑOS

La prescripción no sólo sirve para borrar los defectos de un título de adquisición, sino también para adquirir la cosa poseída que resulta ser de otro que del enajenante; en ese caso la prescripción viene en apoyo del título y lo completa; pero cuando no hay título, la prescripción por sí sola sirve de título y tan bueno y suficiente como cualquiera traslativo de la propiedad. Así, *prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y los demás derechos reales, por la posesión continua de treinta años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y de buena fe de parte del poseedor, y sin distinción entre presentes y entre ausentes, salvo lo dispuesto respecto á las servidumbres, para cuya prescripción se necesita título (art. 4015).* La prescripción de

(Art. 4015.) La prescripción de treinta años constituye uno de los títulos perfectos, siempre que tenga las condiciones establecidas por la ley: 1º, posesión por sí ó por otro en nombre y para el poseedor á título de dueño; 2º, que la posesión no haya sido interrumpida; es decir, que sea continua; 3º, que sea á título de dominio, poseyéndola para sí y no para otro; 4º, que sea durante treinta años. Y si bien el artículo no lo dice, debemos agregar la condición, de que la posesión sea pública y no clandestina, como lo exige el art. 2479, aunque no será una condición necesaria.

Estudiemos cada una de estas condiciones.

La posesión material de la cosa debe tenerse por sí ó por otro en su nombre sometiéndola á su dominio, excluyendo á cualquier otro extraño, porque si fueran varios los que poseyeran en común, todos la adquirirían sin excluirse los unos á los otros. Esa posesión material, sometiendo la cosa á todas las formas en que sea susceptible de prestar utilidad al hom-

heredad á un tercero, aunque le hubiere dado la posesión después del contrato, el tiempo de la prescripción no comienza á correr sino desde el día de la ratificación del dueño de la heredad. Pero otra cosa debe decirse de un título sometido á una condición resolutoria, porque tal condición no suspende el efecto del contrato, ni deja incertidumbre alguna sobre el derecho actual del poseedor.



treinta años para servir de título inatacable de adquisición es necesario que haya sido continua y no interrumpida; se necesita

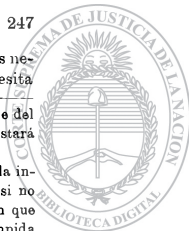
bre, es de absoluta necesidad, porque ella constituye la forma visible del título de propiedad; pero no es preciso que él mismo la tenga, bastará que otro la posea en su nombre y con su permiso.

La segunda condición es que la posesión sea continua; porque la interrupción hace perder el tiempo anterior, que se considera como si no hubiera existido; pero que vuelve á comenzar desde el momento en que cesó la interrupción. El que afirma que la posesión ha sido interrumpida debe demostrarlo, no sólo porque es un hecho positivo, sino también por la imposibilidad en que se encontraría el poseedor para probar el hecho negativo de no haber sido interrumpida. Lo mismo sucedería si el demandante alegase que la prescripción se ha suspendido por tal ó cual causa, deberá demostrar el hecho alegado.

La tercera condición es que posea la cosa para sí y como dueño, y no en nombre de otro. Esta circunstancia es tan esencial, que si tuviera la cosa en anticresis, arrendamiento ó por cualquier otro título que no trasmitiese el dominio, no la podría adquirir aunque la poseyera cincuenta ó más años; porque no es la posesión únicamente la que forma el título, es necesario que vaya unida al ánimo de tenerla para sí. La posesión abraza dos hechos diversos: el ánimo y la tenencia; así cuando un tercero posee para mí, el *animus* reside en mi persona que soy el propietario ó ejerzo los derechos de tal, y el hecho material de la posesión se encuentra en quien me representa; por eso cuando es desposeído el que la tiene, puede intentar la acción posesoria, si mi representante no lo hubiese hecho; y el artículo exige, con razón, que la posesión sea con ánimo de tenerla para sí y á título de propietario.

El tiempo requerido para la prescripción sin título, es de treinta años, la más larga que nuestro Código reconoca, habiendo quedado sin efecto la de cuarenta años, y la de tiempo inmemorial que la antigua legislación española admitía. Hasta el 1º de Enero de 1901, han podido alegarse las prescripciones del derecho español que exigían más de treinta años; pero en adelante no se reconoce otra prescripción más larga.

Cuando el artículo dice, sin necesidad de título y de buena fe, indica que lo forma la misma posesión demostrada, y es más seguro, por que se puede oponer contra cualquiera, lo que no sucede con la venta, permuta ó donación que para alegar la prescripción de diez y veinte años es necesario tener buena fe en el momento de la adquisición de la cosa. En la prescripción de treinta años no se requiere buena fe, de



además que no haya estado suspendida, porque el tiempo de la suspensión no se toma en cuenta; y en cuanto á la buena fe, como

modo que el poseedor violento y el usurpador pueden adquirir la cosa, si la poseen para sí durante ese tiempo.

Notemos de paso la energía y fuerza de la expresión que usa el artículo, cuando dice: «prescribese la propiedad de cosas inmuebles y los demás derechos reales»; quiere decir, salvo lo que se refiere á las servidumbres, todos los demás quedan adquiridos por el tiempo de treinta años; nada escapa á esta prescripción, que lleva una completa seguridad al adquirente, y excluye todo favor que pudiera alegarse para destruir sus benéficos efectos; se asemeja al título originario que nace del primitivo dueño, y no puede ser reclamado por persona alguna, excepto en los casos de suspensión.

Hemos dicho que la posesión debía ser pública y no clandestina, como lo exige el art. 2479; pero debe tenerse en cuenta que esa condición sólo es necesaria para poder ejercer las acciones posesorias, mientras en el presente caso hablamos de la reivindicación y del derecho que confiere la posesión de treinta años con ánimo de poseer la cosa para sí y como dueño, en que el título de adquisición consiste en la posesión misma y en el ánimo de adquirirla para sí.

Al hablar el artículo de la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales por treinta años de posesión, se podría examinar la cuestión que ha dividido á los juriscultos, sobre si el artículo se aplicaría también á las excepciones, ó si éstas pueden deducirse perpetuamente. Supongamos el caso de una venta anulable ó nula; para que la excepción se opusiera con éxito sería necesario que la cosa fuera poseída por el vendedor para que pueda rechazar la acción alegando la nulidad de la venta. En este caso no puede caber dudas, y casi todos los autores están conformes en admitir la perpetuidad de la excepción, pues el que la deduce está en posesión y goce de la cosa, y mientras no sea molestado en su derecho no está obligado á asumir el papel de demandante para hacer anular un contrato que nadie le reclama; la acción lleva consigo la excepción en este caso; porque al demandar el cumplimiento del contrato recién hace nacer la excepción que sólo puede moverse y obrar cuando el poseedor es molestado en su derecho. La regla del artículo no puede aplicarse á la hipótesis que estudiamos, porque supone la posesión de la cosa durante treinta años, lo que excluye la que debe tener el enajenante para defenderse del que reclama el derecho. Si el enajenante ha entregado la cosa no puede conservar la excepción, que se funda en la demanda ó reclamación de ésta, y si ha con-





no sería posible exigirla de aquel que sin título alguno toma la cosa de otro, la ley ha debido suprimir esa condición en este caso, por eso dice el **art. 4016**: *al que ha poseído durante treinta años,*

servado la posesión, el adquirente no podría alegar la prescripción de treinta años, desde que le falta la posesión, base y fundamento de la adquisición. Además, es constante en derecho y se puede decir que forma una regla aceptada, la de que no se prescribe contra el que posee, porque precisamente la prescripción se funda en la posesión y si ésta no existe no puede alegarse.

Cuando el artículo exceptúa las servidumbres, diciendo que son susceptibles de prescribirse por treinta años, sólo comprende a las continuas aparentes, porque las discontinuas, sean ó no aparentes, necesitan título para la adquisición. El artículo ha sido tomado de GOYENA, art. 1961, que á su vez lo tomó del 2262 del CÓD. FRANCÉS. — Véanse arts. 2924, 3017, 3948, 3999 y 4016.

(**Art. 4016.**) Al estudiar el artículo anterior, hemos dicho que el verdadero título que confiere la prescripción de treinta años se forma de estos dos elementos: 1º, posesión continua durante el tiempo establecido por la ley; 2º, ánimo de poseer la cosa para sí. Si con estas dos condiciones se forma, por decirlo así, el título que confiere la prescripción, quiere decir entonces que es independiente del título mismo, y cualquiera que sean los vicios de que pudiera adolecer, la adquisición habría tenido lugar.

El artículo dice, al que ha poseído durante treinta años sin interrupción, no puede oponérsele la falta de título; lo que claramente expresa que, si una persona ha entrado en posesión de una cosa, sea por un medio cualquiera y la ha tonido para sí y como propietario durante el tiempo prescripto, la ha adquirido irrevocablemente. Se entiende, naturalmente, que la prescripción no corre contra los menores ó incapaces bajo curatela, ni contra la mujer casada durante el matrimonio, en los

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4015. — Véanse I.L. 7, 21 y 25, Tit. 2º, Part. 8ª. La L. 21 añade *maguer la cosa sea furtada ó forçada.* — Cód. Francés, art. 2262 — Napolitano, 2168 — Holandés, 2004 — de Luisiana, 3465 y 3466 — Novela 119, Cap. 7. — Pothier, *Prescrip.*, nº 162. — Troplong dice: «Nada puede escapar al imperio de esta prescripción: ella excluye todo favor y todo privilegio, y se extiende sobre todos los derechos», nº 819, Zachariæ, § 853. — Vazeille, nº 356. — Duranton, tomo XXI, nº 343.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4015. — En la prescripción treintenería de inmuebles, basta la posesión con ánimo de tener la cosa para sí, y puede unirse la posesión del causante y del sucesor. — LIV, 172.

sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta ni la nulidad del título, ni la mala fe en la posesión; le basta el tiempo

casos de los arts. 3969 y 3970. Esto por lo que respecta á la falta de título.

Si el título es nulo por defecto de forma ó por cualquier otra circunstancia, es necesario hacer esta distinción: como la prescripción de treinta años es por sí sola un verdadero título, aunque el otorgado no valiera, eso no impediría la formación del nuevo título; así, por ejemplo, se ha donado entre vivos una propiedad raíz, entregándola al donatario y sólo se le ha otorgado un documento privado; ese título que no basta para la prescripción de diez y veinte años, porque no tiene la forma requerida por la ley so pena de nulidad, no lo hace valer la posesión continua de treinta años, porque no necesita de él, lo forma la misma posesión que es por sí misma un título que la ley confiere al poseedor.

Ahora si suponemos una posesión de mala fe, porque se haya obtenido la cosa por dolo, engaño ó cualquier otra causa, tratándose de personas capaces, si la cosa fuera poseída por treinta años continuos con ánimo de dominio, habría adquirido la propiedad á pesar de la mala fe, que le impedía prescribir por diez y veinte años.

Cuando la cosa poseída se tuviera con un título precario, como el comodato, la locación ó el depósito, no podría prescribirla por largo que fuera el tiempo de la posesión, porque falta el elemento esencial: el ánimo de tenerla para sí, será necesario que cambie la causa de la posesión para poder adquirirla. ¿Cómo se puede cambiar la causa de la posesión? Por el hecho de un tercero que le otorgue un nuevo título, ó por acto del mismo poseedor negando su derecho al que se dice propietario y atribuyéndose la propiedad de la cosa para sí.

Ahora se pregunta, el que por medio de la fuerza ó de la violencia se apodera de una cosa raíz, ¿la puede prescribir por treinta años desde que entró en posesión? Algunos autores sostienen la negativa, fundados en el art. 3959, que dice: «la prescripción de las cosas poseídas por fuerza ó violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión»; luego deducen la consecuencia que es necesario que haya cesado la fuerza ó la violencia, y sólo desde ese momento debe contarse la prescripción; sin embargo, haremos notar que esa disposición se aplica únicamente á los actos jurídicos que crean, extinguen ó modifican derechos.

En mi opinión, el que ha poseído una cosa como propia durante treinta años, aunque la haya adquirido por la violencia ó la fuerza, la hace suya sin atender al medio por el que la obtuvo, porque la violencia que vi-

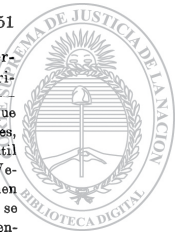


transcurrido para constituirle un título de adquisición, tan perfecto como el de la compra ó cualquier otro. El Código ha supri-

ciaba la posesión ha desaparecido al año de posesión anual, pues que puede rechazar cualquier demanda posesoria del propietario; luego pues, su posesión ha dejado de ser viciosa y ha comenzado una posesión útil para prescribir. En apoyo de esta tesis, viene la misma nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de Massé y Vergé, sobre Zachariæ, donde sostienen que el poseedor de treinta años no tiene por qué temer los vicios que se alegan contra su título, con excepción del de precario; quiere decir entonces, que el poseedor de un inmueble durante treinta años continuos á título de propietario, de cualquier modo que haya obtenido la cosa, sea por la fuerza, la violencia, el dolo, etc., no tiene por qué temer ninguna excepción; sólo la posesión precaria impide la prescripción, porque no teniendo la cosa para sí sino para otro, no puede adquirirla. Es por eso que dice Troplong, 370: «si la posesión es buena para hacer mantener en la propiedad provisoria que da la posesión, debe ser igualmente buena (cuando es continua durante treinta años) para hacer mantener en la propiedad definitiva». En efecto, si el que ha obtenido por la violencia la posesión de una cosa, puede rechazar la acción posesoria del violentado ó del propietario, cuando la ha poseído durante un año, pues ha purgado el vicio de su posesión, ¿por qué no podría adquirir la propiedad durante treinta años, á contar desde que entró en posesión? El año de posesión después de la violencia ha purgado ésta, y su posesión ha dejado de ser viciosa.

Debe tenerse presente lo que hemos dicho respecto de la violencia, porque es un vicio relativo al violentado, sin que los terceros puedan prevalecerse contra el poseedor. Así, cuando he arrojado á B, de la posesión del inmueble entrando en posesión por la fuerza, sólo éste puede alegarme la violencia. Troplong, sosteniendo esta tesis, dice: «el tercero que no ha sufrido la violencia, no tendría derecho para objetarme que he entrado en posesión por la violencia, pues el que ha sido objeto de mis vías de hecho no tiene nada de común con el reclamante; es un tercero cuyo derecho no podeis invocar. . . . Después de todo ¿qué os importa? No ha sido pacífica; no me he presentado ante vos como propietario y me habeis dejado poseer como tal: vuestros reproches no pueden perjudicarme».

Además de las consideraciones que dejamos expuestas, es necesario que tengamos en cuenta que el legislador argentino ha querido hacer cesar la incertidumbre que nuestros títulos defectuosos traen al espíritu del adquirente, asegurándole que después de una posesión tranquila y





mido con justa razón la buena fe que se exigía por la antigua legislación española; porque una prescripción tan larga como la

continúa de tan largo tiempo, debe considerarse al abrigo de cualquier reclamación, y es sensible que esta seguridad no sea completa, dándole un título irrevocable que responda á cualquier demanda; porque está la suspensión en los casos de menor edad, incapacidad bajo curatela ó durante el matrimonio, para los bienes de la mujer casada. La ley ha debido dar una completa y absoluta seguridad, y en vez de suspender la prescripción en esos casos, habría sido preferible hacer recaer la responsabilidad sobre los tutores, curadores y maridos, quienes deberían pagar con su propio patrimonio los perjuicios ocasionados por su negligencia ó por su interés. La prescripción de treinta años debía ser un título inatacable, colocando al propietario al abrigo de toda reclamación en el porvenir; de este modo se habría colocado á la propiedad sobre bases incommovibles. Es una reforma exigida por la actividad de las transacciones, por los grandes adelantos en la edificación, que debemos fomentar, para hacer de nuestras ciudades, que todavía tienen el sello de la Colonia, ciudades hermosas, con edificios modernos, en que se consulte la higiene y la belleza; así se edificarán grandes palacios teniendo la seguridad de que nadie vendrá á reclamarlos.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4016. — Zacharie, § citado. — Vazeille, n° 393. — Duranton, tomo XXI, n° 345. — Resulta de lo que precede: 1° Que el que tiene durante treinta años una posesión pacífica, pública y continua y la conserva sólo en su interés propio, no tiene ya cosa alguna que probar para usar del beneficio de la prescripción; 2° Que el que quiere prescribir por treinta años no tiene que alegar título alguno, y con más razón no tiene que temer las excepciones que se alegaren contra los vicios de su título, con excepción del vicio de precario; 3° Que la buena fe exigida para la prescripción de diez años, no lo es para la prescripción de treinta años.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4016. — La prescripción treintenaria es bastante contra la Municipalidad, cuando los derechos que ésta reclama no son fiscales, sino como sucesora de un particular. — Jur. Civ., II, 561, Ser. 2°.

La existencia de un título, justificada por instrumento público, importa para el poseedor la posesión de buena fe, y hace procedente la prescripción treintenaria. — Jur. Civ., VIII, 18, Ser. 2°.

La prescripción treintenaria se opera por la posesión de buena fe, durante treinta años, con ánimo de que la cosa es propia, aun cuando aquel de quien se cree legítimamente sucesor, hubiese sido poseedor de mala fe. — Jur. Civ., III, 79, Ser. 1°.

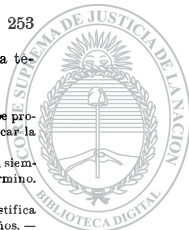
La prescripción treintenaria no es bastante para justificar la propiedad sin título, si el término debe computarse desde una fecha anterior á la promulgación del Código Civil vigente. — Jur. Civ., III, 291, Ser. 1°.

de treinta años debía asegurar la propiedad al que hubiera tenido la posesión, sin averiguar la causa.

La posesión quieta y pacífica por mayor término de treinta años, hace procedente la excepción de prescripción, sin que el demandado deba justificar la existencia de título ni buena fe. — Jur. Civ., VII, 237, Ser. 3°.

La prescripción treintenaria es procedente, aun sin título ni buena fe, siempre que se justifique la posesión quieta y pacífica por igual ó mayor término. — Jur. Civ., III, 249, Ser. 4°.

Procede la excepción de prescripción treintenaria, siempre que se justifica la posesión á nombre propio, por un término igual ó mayor de treinta años. — Jur. Civ., III, 342, Ser. 4°.



CAPÍTULO IV

DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

§ 1088. — QUÉ SE ENTIENDE POR PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

La prescripción liberatoria ó prescripción propiamente dicha, es la que libera al que se ha obligado para con otro, del cumplimiento de esa obligación; el adquirente en este caso no adquiere una cosa ni un derecho, recobra su libertad natural que estaba limitada por la obligación nacida de un contrato, de un acto ilícito ó delito, ó cuando es impuesta por la ley; esa obligación que se extingue por el transcurso del tiempo no necesita de un acto; por el contrario, en eso se distingue de la prescripción para adquirir, y su carácter principal es la inacción, mientras que en la para adquirir es la acción; así dice el **art. 4017**: *por*

(**Art 4017.**) La prescripción la hemos dividido en prescripción propiamente dicha, cuando por el trascurso del tiempo uno se libera de una obligación que debía cumplir, y en usucapión que es un modo de adquirir la propiedad de una cosa por la posesión continua durante el tiempo prescripto por la ley. Acabamos de estudiar en el capítulo anterior las condiciones que debe tener la prescripción para adquirir ó usucapión, y ahora se ocupa en el presente capítulo de la prescripción liberatoria, que es el medio que la ley concede para libertarse de una obligación, rechazando la demanda y alegando el tiempo que ha dejado correr sin intentarla.

La usucapión no es en realidad un medio de adquirir la cosa, sino más bien un modo de consolidar la propiedad adquirida, haciendo desaparecer los defectos del título, cuando existen, ó creándolo cuando se funda en la posesión misma, y tiene de característico que necesita la po-





sólo el silencio ó inacción del acreedor, por el tiempo designado por la ley, queda el deudor libre de toda obligación. Para esta pres-

sesión, mientras la prescripción propiamente dicha es una causa de liberación que no supone posesión alguna, y su principal fundamento es la inercia, la negligencia, el abandono del dueño del derecho, ó del que puede exigir la obligación; por eso dice el artículo que estudiamos: el solo silencio ó la inacción del acreedor, liberta al deudor, cuando ha transcurrido el tiempo designado por la ley. De esta confusión que hacen algunos autores, no han escapado los sabios profesores Aubry y Rau, § 210, nota 4, cuando dicen: «sin embargo, hay casos particulares en que la misma prescripción supone de parte de la persona que debe de aprovechar de ella, la posesión del objeto al que se refiere la acción que se trata de prescribir. Es así como el demandado por una acción de reivindicación no puede oponer la excepción de prescripción sino en tanto que haya poseído el inmueble durante el tiempo requerido para la usucapión», cuando no se trata en este caso, de una prescripción liberatoria, sino de la usucapión que ha hecho adquirir la cosa mediante el título y la prescripción de diez ó veinte años, ó mediante la posesión continua de treinta años á título de dominio, que forma un nuevo título. Es cierto que se puede alegar al oponerse á la reivindicación, la adquisición de la cosa y deducir la excepción de prescripción, como sucede con la liberatoria; pero hay esta diferencia fundamental: en la usucapión se adquiere la propiedad de una cosa y se rechaza la demanda alegando la propiedad; en la prescripción liberatoria, el deudor extingue, por decirlo así, su obligación, que no puede serle demandada; en la usucapión por diez ó veinte años se necesita título y buena fe; en la liberatoria, como no hay adquisición de derecho sino extinción, no se necesita título ni buena fe, que por otra parte no podría alegarse, pues el deudor sabe que debe y está obligado á cumplir lo prometido.

Así, pues, la usucapión sólo tiene por objeto la adquisición de inmuebles corporales por medio de la posesión; mientras la prescripción se aplica á toda especie de derechos ó acciones personales.

Y confirman esta teoría los mismos sabios autores citados, cuando en el texto del § 210, dicen: «la usucapión, teniendo por objeto consolidar bajo todos respectos y hacia todas las personas una adquisición preexistente ó presumida tal, da á la vez una acción y una excepción. La prescripción, no siendo sino un medio de rechazar una acción, no confiere jamás sino una excepción.» Una y otra son un medio de defensa cuando la cosa ó la acción son demandadas en juicio, con esta única diferencia: en la prescripción liberatoria, el deudor no tiene acción que deducir, sino la



cripción no es preciso justo título, ni buena fe; porque no hay cosa que adquirir. El obligado nada hace ni puede hacer para adqui-

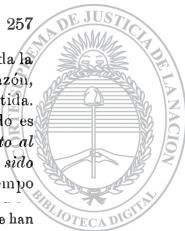
excepción con que debe defenderse cuando el acreedor quisiera obligarlo; mientras en la usucapión, la posesión continua de treinta años, como si fuera dueño, crea un título de propiedad á favor del poseedor, y puede accionar judicialmente para demostrar que ha llenado las condiciones exigidas por la ley, pidiendo copia de todas esas diligencias, con la intervención del Fiscal, ó de la Municipalidad en su caso.

El artículo ha sido tomado al pie de la letra de Goyena, art. 1964, que dice: *por el solo silencio*, etc., que nuestro artículo ha copiado, diciendo: por sólo el silencio, etc.; pero en cambio ha suprimido la última parte que daba una idea más clara sobre la clase de prescripción, al decir: *queda el deudor libre de toda obligación y la finca de todos los gravámenes á que estaba sujeta*, como hipotecas, anticresis y cualquier otro derecho que gravase la cosa con una obligación.

Es aplicable á la prescripción liberatoria lo que hemos dicho respecto á la suspensión y á la interrupción. Si corriendo la prescripción liberatoria se hubiera interrumpido por la demanda, queda anulado el tiempo trascurrido, y sólo se considerará como no sucedida la interrupción, si el demandante desiste de ella, ó si es absuelto de la demanda, ó si ha desertado de la instancia. Si la prescripción comenzara á correr contra un mayor, y le sucediera un menor ó un incapaz bajo curatela, se suspendería hasta que desapareciera la incapacidad, y sólo volvería á correr cuando hubiera recobrado su capacidad, sin contarse el tiempo intermedio, que se considera como no sucedido.

El Cód. de Luisiana, arts. 3494 y 3495, que ha inspirado la disposición de Goyena, de donde la ha tomado el nuestro, dice con mayor claridad: «esta prescripción por el solo silencio del acreedor durante el tiempo legal, libera al deudor de todas las acciones reales ó personales, y libra la heredad de todos los derechos reales á los que estaba sujeta, si no ha hecho uso de ellos durante el tiempo prescripto», demostrando así que sólo se trata de derechos, y no de cosas; que el objeto principal es de liberrar al deudor de la obligación contraída, y no de adquirir un nuevo derecho sobre una cosa.

En conclusión, la prescripción liberatoria es una excepción y jamás una acción, en ese carácter participa de la naturaleza de las excepciones que en general son imprescriptibles, en el sentido de que pueden oponerse en todo tiempo á la acción que le sea correlativa, siguiendo la máxima: *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad eripiendum*; pues no se puede reprochar al deudor de no haberse defendido, cuando



rir su libertad, es puro efecto de la ley que declara extinguida la obligación por el silencio del acreedor, suponiendo, con razón, que la deuda ha sido pagada, ó que ha sido perdonada ó remitida.

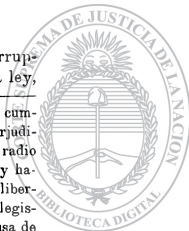
Y la extinción que la ley pronuncia en favor del obligado es tan completa, que *el acreedor no puede deferir el juramento al deudor ni á sus herederos, sobre si sabe ó no que la deuda ha sido pagada (art. 4018)*; de modo que una vez transcurrido el tiempo

nadie lo ha demandado; sin embargo, los jurisconsultos franceses se han dividido, en cuanto á la aplicación de esta máxima en derecho francés, rechazándola los unos y admitiéndola los otros; por nuestro derecho creo que no es dudosa su aplicación, porque no se podría obligar al deudor á que fuera á pedir su liberación demandando al acreedor que se reputa haber abandonado su derecho, desde que permanece inactivo y nada demanda; ésta es también la opinión de MERLIN, Rep. V.^a Preser., Sec. 2, § 25, y TROPLONG, II, 827 y sig.—Véanse arts. 2924, 3949, 3962, 3964, 3999 y 4019.

(**Art. 4018.**) Nuestro artículo ha adoptado la redacción de Goyena, art. 1965, quien tomó la disposición del art. 3515 del Cód. de Luisiana. Es una consecuencia lógica de los principios que nacen del artículo anterior; si por el tiempo trascurrido el deudor está libre de la obligación contraída; si la ley la declara extinguida por el hecho de no haberla reclamado durante ese tiempo, ¿á qué vendría el juramento para demostrar que la deuda no ha sido pagada? Esta declaración en nada mejoraría la condición del acreedor; porque el deudor al exceptionarse con la prescripción, confiesa implícitamente que no ha pagado la deuda, y se acoge al beneficio que la ley le ha creado en su favor.

Y aquí conviene, aunque sea de paso, combatir el error generalizado de que el hecho de alegar la prescripción de una obligación, trae un disfavor; que es una especie de deshonra el oponerla; que se falta á la conciencia, y no se procede con escrupulosidad. Y el Código mismo al reconocer las obligaciones naturales, que los códigos modernos han suprimido, da la idea de que el que procede con arreglo á los dictados de la ley, no llena las condiciones de honestidad y de deber que exige la sociedad. Es que se parte de un principio erróneo; las leyes no miran ni investigan la conciencia que debe estar fuera de la acción del legislador; eso corresponde á la moral, á la religión, ó á las institucio-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4017. — L. 5, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec.—Cód. Francés, art. 2262 — Napolitano, 2168 — Holandés, 2004. — Véanse LL. 3 y 4, Tit. 39, Lib. 7, Cód. Romano. — Zachariæ, § 855.



fijado por la ley, sin que haya existido suspensión ni interrupción, la obligación queda extinguida por el ministerio de la ley,

nes que tienen por fin dirigir nuestra alma hacia ideales que no se cumplen en este mundo, y que se exteriorizan por prácticas que no perjudican a terceros. Las leyes que rigen la conciencia, no entran en el radio de la legislación positiva, y si bien el legislador debe respetarlas y hacerlas servir de base, algunas veces, hará bien en dejar completa libertad para que cada uno obre como mejor le parezca. Así, cuando el legislador concede un recurso para excepcionarse ó defenderse, el que usa de él no puede ser mirado con disfavor, y si es permitido, sin incurrir en la censura de los hombres de conciencia religiosa, el alegar la prescripción para adquirir una cosa poseída sin título durante treinta años; si el que tiene justo título y buena fe alega la prescripción de diez y veinte años, para hacer desaparecer el vicio de su posesión, sin incurrir en censura, ¿por qué incurriría en ella alegando la prescripción para no cumplir una obligación extinguida por el trascurso del tiempo? La prescripción, como el pago, la remisión, la transacción, etc., es un medio de extinguir las obligaciones, y la ley al crearla ha tenido en vista intereses superiores, que no pueden herir la moral, ni las buenas costumbres; así, pues, el que opone la prescripción ó la extinción de la deuda no debe incurrir en disfavor, ni perder la honestidad y lealtad. Por eso he sido de opinión que las obligaciones llamadas naturales no deben figurar en un Código, y así lo ha consagrado el Código Civil Alemán al no incluirlas, porque sólo se refieren á la conciencia, y nosotros debemos suprimirlas en un porvenir no lejano; porque una deuda prescripta es como una deuda pagada, ó sobre la que se ha transado, se ha extinguido, ha dejado de existir, y si el deudor la vuelve á pagar tiene derecho de repetirla en el segundo caso. ¿Y por qué no lo tendría en el primer caso? Y sin embargo, el Código autoriza para retener el importe de la deuda prescripta, recibido por el que no es acreedor, pues no tiene derecho alguno. Estas observaciones tienen por objeto preparar la reforma.

Viniendo al estudio del artículo diremos: que los medios de prueba de una obligación, si bien pueden corresponder á la legislación de fondo cuando se trata de la forma que debe llenarse para la existencia de la obligación, no corresponderá en caso contrario, porque son las provincias las que tienen facultad para dictar las leyes de procedimientos. El Código Civil, puede decir, una obligación se prueba como los demás hechos, ó por los medios ordinarios; pero no indicar la prueba que salga de la forma establecida; así, ha dicho en el art. 1193, los contratos que pasen de doscientos pesos, deben hacerse *por escrito*, en lo que tiene



entendiéndose que este artículo se refiere al anterior sobre prescripción liberatoria y no comprende la usucapión.

perfecta jurisdicción el Código Civil, pues se trata de la forma de los contratos, y aun ha podido decir, que no *pueden probarse por testigos*, excluyendo uno de los medios ordinarios de prueba, como pudo excluir á los demás; es en virtud de esta facultad que ha dicho en el art. 1812, las donaciones no se juzgarán probadas sin la exhibición de la correspondiente escritura pública en que se hubieran hecho, y con esa misma facultad ha podido decir en el art. 1813, cuando se demande la entrega de los bienes donados, la donación no se juzgará probada sino por instrumento público ó privado, ó por confesión judicial del donante.

Así, pues, cuando el artículo dice, el acreedor no puede deferir el juramento al deudor, ni á sus herederos, se ha colocado dentro de la tesis que vengo sosteniendo; pero ha impedido que las provincias puedan acordar esta prueba.

Toda diligencia tendente á demostrar que la deuda no ha sido pagada, es inútil desde que la obligación está prescrita; es decir, se ha extinguido por el trascurso del tiempo. Si el deudor mismo confesara al oponer la prescripción que no ha pagado la deuda, pero que ésta no existe porque la ley ha declarado extinguida la obligación, el juez tendría el deber de declararla extinguida.

El art. 3515, Cód. de Luisiana, de donde ha sido tomado el nuestro, da la razón de la disposición, al decir: «no siendo necesaria la buena fe en aquél que opone la prescripción al efecto de libertarse de la obligación, el acreedor no podrá deferirle el juramento, ni menos á sus herederos, sobre la cuestión de saber si la deuda ha sido ó no pagada».

Goyena hace una salvedad que habría convenido introducir en nuestro Código, para que la disposición no fuera tan absoluta, dejando al legislador una puerta abierta para disponer lo contrario; así, dice en el art. 1965: «esta disposición no tiene lugar cuando la ley disponga expresamente lo contrario».

En nuestro sistema de prescripción liberatoria, como en los casos de usucapión, el legislador argentino se ha preocupado de dar una seguridad completa al que ha tenido la cosa en su poder durante treinta años sin título, y le ha formado uno especial que le permite repeler cualquiera acción, y del mismo modo ha libertado al deudor de toda obligación, extinguiéndola por el tiempo transcurrido.

No es, pues, exacto que Goyena proyecte lo contrario de nuestro artículo, como algunos lo afirman, pues el Dr. Velez-Sarsfield, lo ha to-



§ 1089. — DE LAS ACCIONES IMPRESCRIPTIBLES

La regla general es que, *todas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes (art. 4019)*. En el comentario

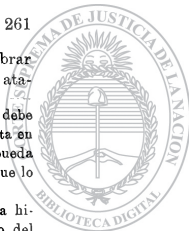
mado al pie de la letra del proyecto de este autor.—Véanse arts. 2924, 3949, 3962, 3964, 3999 y 4019.

(**Art. 4019.**) Es necesario que hagamos una distinción bien marcada entre la acción y la excepción, porque de ello dependerá la claridad de las conclusiones que vamos á deducir.

Hemos dicho en diversos lugares de esta obra, que todo derecho concedido por el legislador tiene el carácter especial de una mera declaración, que persiste sin necesidad de acto alguno de la persona que lo goza, y que está protegido por una acción para los casos en que sea negado por otro ó cuando es perturbado; sólo entonces nace la acción que lo pone en movimiento, lo exterioriza ante la autoridad para hacerlo reconocer ó declarar; esa acción, que permanecía inactiva y como en potencia, se pone en movimiento para proteger el derecho desconocido. Así, por ejemplo, el que compra un campo tomando posesión de él, aunque después no lo ocupe materialmente, es propietario de él y continúa poseyéndolo con sólo el ánimo; pero si alguno viene á ocuparlo, entonces la acción nace para protegerlo. En este sentido se dice que, las facultades que la ley confiere no se pierden por el no uso, permanecen inalterables mientras el derecho subsiste. En el ejemplo propuesto, mi derecho de edificar en el terreno que me pertenece, es imprescriptible mientras sea propietario de él. Pero cuando se trata de las acciones que protegen el derecho que ha sido desconocido por otro, que ha tomado la cosa que me pertenecía, esa acción se prescribe; es decir, se pierde, porque la cosa ha pasado á otro que la ha adquirido; y en este sentido se dice con verdad, que todas las acciones son prescriptibles, principio consagrado por nuestro artículo.

En cuanto á la excepción, se diferencia de la acción como se distingue el que ataca del que se defiende, y tiene un carácter bien marcado, aunque algunas veces puedan confundirse. La excepción como defensa debe ser y es perpetua, en general, ó más bien dicho, dura mientras la acción ó el ataque puede subsistir; es una arma defensiva destinada á rechazar la demanda, y mientras el derecho exista debe subsistir el arma

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4018. — Cód. de Luisiana, art. 3515.



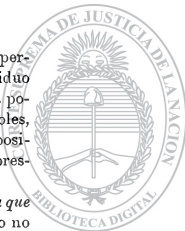
explicamos extensamente la diferencia entre el modo de obrar de la excepción que es pasiva, y espera á que el derecho sea atacado para defenderlo. Se diferencia de la acción en que ésta debe obrar reclamando el derecho, y la excepción sólo puede ser puesta en movimiento por el reclamo; de ahí es que, mientras el derecho se pueda perder por el trascurso del tiempo, la excepción corresponderá al que lo ha adquirido, cuando ese derecho le sea reclamado.

La propiedad puede estar afectada con un derecho real, como la hipoteca ó las servidumbres continuas y aparentes, y por el trascurso del tiempo ese derecho no se adquiere por el propietario, porque no hay *usucapción de la libertad* ó reconstitución del dominio pleno, como algunos lo sostienen: hay extinción de una obligación ó de una carga, es decir, prescripción ó liberación; pero de ningún modo adquisición. Únicamente son susceptibles de ser usucapidas las cosas materiales, las que importan una adquisición, y aunque la liberación de una carga ó de una obligación aumenten nuestro patrimonio, no se puede decir con propiedad que se han adquirido.

Así, pues, es un principio de derecho que todas las acciones, de cualquier naturaleza que sean, son prescriptibles; pero esta regla tiene las excepciones que vamos á estudiar en seguida, y que comprenden los casos en que siendo el derecho imprescriptible, la ley no ha autorizado á deducir excepciones para defender su extinción ó adquisición.

En apoyo de la doctrina que acabamos de exponer, vamos á citar las palabras de Mayz, § 151: haciendo abstracción, dice, de las reglas del procedimiento, las excepciones concluyen, naturalmente, desde que se extingue el derecho sobre el que se fundan... pero no se extingue por prescripción. Si el derecho continúa subsistiendo, es evidente que se debe admitir los medios de hacer valer lo que la ley no declara expresamente extinguido. A esta razón se agrega una consideración de equidad que se opone á que la prescripción se aplique á las excepciones. En efecto, entre la acción y la excepción hay esta diferencia, que tenemos libertad para intentar la acción, mientras no podemos oponer una excepción si nuestro adversario no nos presenta la ocasión demandándonos ante la justicia. Así, la mayor parte de los autores admiten que, en general, las excepciones no se extinguen por la prescripción, y la escuela ha formulado el principio en estos términos: *que ad agendum sunt temporalia, ad exceptiendum sunt perpetua*.

Si aplicamos estos principios á un caso dado, veremos que la tesis sostenida se explica perfectamente. Supongamos que un padre deshereda á uno de sus hijos, y ocurrido el fallecimiento sus otros hermanos le dan



cado para defenderlo, pues en general las excepciones son perpetuas; de las acciones en que se necesita que el individuo exija el derecho usurpado, lo haga valer ante la justicia para poder conservarlo. Así pues, las acciones deben ser prescriptibles, y sólo por razón de conveniencia social, ó cuando hay imposibilidad de ejercerlas, por causas especiales se declaran imprescriptibles. Son imprescriptibles:

1ª *La acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio* (**art. 4019**, n° 1); porque en ese caso no

la parte que le corresponde como si no hubiera sido desheredado; que á los diez años uno de ellos demanda la reivindicación de los inmuebles adjudicados; el demandado, que no ha tenido motivo para promover pleito, desde que su derecho le ha sido reconocido, se puede defender alegando la nulidad del testamento; en este caso, la excepción nace como una necesidad de la defensa del derecho negado. Pero no sucede lo mismo con las excepciones de nulidad que autorizan á deducir los arts. 4030 y 4031, contra la acción tendente á la ejecución del acto viciado por violencia, fuerza, etc., que no puede deducirse después de vencidos los dos años concedidos para reclamar; porque esos artículos no hablan de excepción sino de *acción*, el violentado, ó que ha ejecutado el acto por error, dolo, etc., debe demandar, ó ejercer una acción, dentro del plazo de los dos años, á contar desde que la violencia cesó ó el error fué conocido. No hay excepción que alegar, y por eso tiene un plazo para demandar la nulidad del acto. No se debe, pues, confundir la acción con la excepción. Cuando la acción cesa por haberse extinguido, no se puede deducir en adelante, y se dice que está prescripta.

(**Art. 4019**, n° 1.) Se ha dicho que la prescripción de treinta años confiere un verdadero título al poseedor de la cosa; pero en el capítulo que estudiamos se trata de la prescripción liberatoria; es decir, de la que extingue las acciones, no de la usucapión ó adquisición de una cosa. Si bien es cierto que, cuando la cosa ha sido adquirida por otro, por la usucapión, poseyéndola como propia durante treinta años, la acción para reclamarla queda perdida, también lo es que si la cosa no fuera susceptible de prescripción la acción no se extinguiría, porque no se puede adquirir por otro. Así, las cosas que están fuera del comercio, como las iglesias, las plazas públicas, las riberas de los ríos navegables, que no pueden adquirirse, la acción para reclamarlas no se extingue por el tiempo. Pero debemos observar que si las cosas afectadas á servicios públicos han cambiado de uso, ó la ley las ha puesto en el comercio, des-

puede ser poseída sino por la autoridad ó corporación á que está destinada; para prescribirla sería necesario que la ley misma la pusiera en el comercio haciéndola susceptible de adquisición.

2ª *La acción relativa á la reclamación de estado, ejercida por el hijo mismo (art. 4019, n° 2);* porque se trata de la familia y

de ese momento comienzan á prescribirse, y por consiguiente, la acción para reivindicarlas se extinguiría con la adquisición de la cosa.

¿Qué cosas están fuera del comercio, según el artículo que estudiamos? Se dice que están fuera del comercio, cuando persona alguna, fuera del Estado, puede adquirir la propiedad de ellas; y se diferencian de las que son únicamente inalienables. Son, pues, inalienables, aquellas cosas que el propietario no tiene el derecho de trasmitir á otro, como por ejemplo, una pensión de retiro acordada por la ley.

Así, podemos decir que están fuera del comercio:

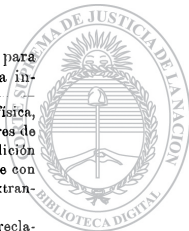
1º Los bienes del Estado General ó Provincial, que son de uso público, mientras se destinen al uso que la ley hubiere determinado.

2º Las cosas que han sido puestas por la ley fuera de las transacciones, ó que sólo pueden ser poseídas y vendidas por determinadas personas, como los venenos, las armas de la nación, los libros ó imágenes que ataquen á la moral pública.

Aubry y Rau, § 772, letra a, dan á la regla formulada por el artículo una extensión mayor cuando sostienen que: «las acciones que nacen del derecho de propiedad, es decir, la acción de reivindicación, y la acción negatoria de servidumbre son imprescriptibles, en el sentido de que no son susceptibles de extinguirse directamente, por el solo hecho de no haber sido intentadas en un plazo determinado, ó que el propietario hubiera aun dejado de ejercer su derecho de propiedad durante un tiempo más ó menos largo. Ellas no pueden extinguirse sino indirectamente por el resultado de la usucapión; es decir, por una posesión contraria, que reúna todos los caracteres exigidos para la adquisición de un derecho de propiedad ó de servidumbre». Y estos principios son de perfecta aplicación á nuestro derecho, sin perjuicio de seguir la regla establecida por el artículo.

(Art. 4019, n° 2.) El presente inciso tiene aplicaciones importantísimas que vamos á estudiar. Desde luego debemos fijar lo que en el lenguaje del derecho se entiende por *estado* de una persona. La ley 1, tít. 23, Part. 4ª, lo define diciendo: «es la condición ó la manera en que los homes viven ó están». Según esta definición, el estado de una persona se puede dividir en estado natural y en estado civil. Corresponde al estado





es necesario que en cualquier tiempo el hijo tenga derecho para buscar á sus padres, salvo los casos en que la ley prohíbe la in-

natural, todo lo que se refiere á la persona misma en su existencia física, dividiéndolas en nacidas ó solo concebidas, en mayores ó menores de edad, en varones ó en mujeres. El estado civil comprende la condición en que la persona se encuentra respecto de las relaciones que tiene con los demás individuos, como si es casado ó soltero, clérigo ó lego, extranjero ó ciudadano, vecino ó transeunte, padre, hijo ó nieto.

Así, pues, cuando el artículo habla de la acción relativa á la reclamación de estado, que es imprescriptible cuando es ejercida por el hijo mismo, sólo comprende el estado civil de la persona, en los casos en que la calidad de hijo legítimo ó natural le sea negada por los padres. Y para convencerse de la exactitud de esta interpretación nos basta ocurrir á la fuente de donde fué tomada la disposición, que es Zachariæ, § 854, quien dice: «en general, todas las acciones son prescriptibles; pero de esta regla se exceptúan las acciones siguientes: 2º, las acciones relativas á las cuestiones de estado», y en la nota 2, Massé y Vergé agregan: «esto no es rigurosamente exacto, sino respecto de la acción de reclamación de estado que el hijo ejerce por sí mismo, art. 318, porque la acción de reclamación de estado ejercida por sus herederos, art. 329; la acción de desconocimiento de la paternidad, art. 316; las demandas de nulidad de matrimonio, etc., son acciones prescriptibles y aun sometidas á términos rigurosos para perderse».

Contrayéndonos, pues, á la reclamación que el hijo mismo haga de su estado de familia cuando le es negado por sus padres ó por los que posean los bienes dejados por éstos, examinemos las cuestiones que de estos principios se deducen.

En primer lugar, la ley no hace distinción alguna entre el hijo natural que tiene derecho para hacerse reconocer por sus padres, y el hijo legítimo que por cualquier causa ha sido desconocido; unos y otros están en la misma línea, y la acción es imprescriptible cuando es ejercida por el hijo mismo. Pero la acción de reclamación de estado está sujeta en cuanto á su prueba á las peculiaridades de cada caso; así, por ejemplo, cuando es reclamada por el hijo natural durante la vida de su padre, puede suministrar toda clase de pruebas, y cuantas veces haya desistido de su acción por transacción, pago ó cualquier motivo, puede volver á intentar hasta que los Tribunales hayan resuelto el asunto por sentencia firme; ese mismo hijo natural que deduce su acción de reconocimiento cuando ha fallecido su padre, no puede probar su filiación sino alegando la posesión de estado, que consiste en el reconocimiento que hubiere

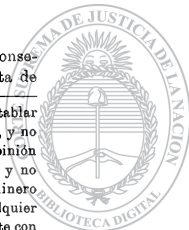


dagación de la paternidad ó maternidad, temiendo el escándalo, y cometiendo una injusticia, porque cuanto mayor sea la respon-

hecho su padre de cualquier manera que traiga al ánimo del juez el convencimiento de que es tal hijo, y no necesita probar que lo ha presentado como á su hijo á la familia y á la sociedad, dándole su nombre y cumpliendo con los deberes que la paternidad le impone. El reconocimiento del hijo legítimo es el que debe probarse por la posesión de estado tal como la describen los autores, ó demostrar que se ha adulterado su partida de nacimiento inscribiéndolo como de padres no conocidos, ó dejando de hacer la inscripción, probando que ha nacido dentro del matrimonio de sus padres, sin que éstos lo hubieran desconocido en los términos en que la ley los faculta para hacerlo.

Así, pues, cuando se dice, la acción es imprescriptible, se entiende que es independiente de la prueba que pueda darse; por ejemplo, un hijo natural demanda á su padre vivo para que lo reconozca, y demuestra el hecho por todos los medios de prueba que llevan el convencimiento al ánimo de los Jueces, y se falla favorablemente reconociéndolo, apelada la sentencia, en la segunda instancia, se presenta desistiendo de su acción. Es claro que tal resolución responderá siempre á una entrega de dinero para comprar el desistimiento; pero eso no impedirá que vuelva á deducir de nuevo la reclamación, como si nada hubiera ocurrido. Pero se pregunta: ¿se vuelve á seguir el juicio en el estado en que estaba cuando la renuncia tuvo lugar? Seguramente que no, debe ser uno nuevo, aunque nada impide que se haga valer la misma prueba producida. Y esto tiene una grande importancia; porque si el padre vivía, cuando ha sido demandado para que reconociera al hijo natural, y fallece después del desistimiento, el hijo puede volver á intentar la acción demostrando que era hijo natural y que lo ha reconocido, sin probar la posesión de estado por el *nomen, tractatus, fama*. Esta teoría humana y salvadora ha sido consagrada por repetidos fallos de nuestros Tribunales. Esto mismo sucedería en caso de una transacción en que el hijo desistiera de su acción en virtud de una suma de dinero, ó en que reconociera que no era hijo natural por una suma de dinero; la transacción sería nula, según el art. 845, y los Jueces deberán rechazarla; pero como se disfrazaría casi siempre con un desistimiento sencillo, el Juez no puede negarse á aprobarlo y dar por concluido el pleito, que puede volver á recomenzar.

El autor de este libro ha tenido un asunto de importancia en que el demandante desistió en la segunda instancia de la reclamación, mediante una suma de dinero dada por el padre demandado, sin expresar en el escrito esa circunstancia; el pleito quedó concluido, y cuando el hijo



sabilidad del agente, la ley debía ser más severa en sus consecuencias. Así, el padre por el hecho de ser casado se libera de

apercibido que su derecho era imprescriptible, quiso volver á entablar un nuevo juicio sobre el reconocimiento, el padre había fallecido, y no teniendo la posesión de estado, otros le aconsejaron contra la opinión del autor que no lo entablase, pues sólo podía alegar esa prueba y no tenía la posibilidad de darla. ¿Y si el padre al dar una suma de dinero para obtener el desestimiento, buscando asegurarse contra cualquier reclamación ulterior, hubiera hecho firmar el escrito al demandante con el apellido de la madre, que no hubiera usado hasta entonces? Esa circunstancia no alteraría los principios porque debe regirse la cuestión. El desestimiento no sería nulo, pues la misma persona que reclama confiesa haberlo hecho; pero si alegare fuerza ó violencia, un nuevo pleito tendría que iniciarse, fundado en la falta de libertad para consentir, y una vez demostrado el hecho, el pleito se tendría que seguir en la segunda instancia; pero como se trata de la nulidad de un acto jurídico, sería de estricta aplicación el art. 4030.

¿Qué sucedería si el hijo demandante, vencido en primera instancia, dejara vencer el término para la apelación mediante una suma de dinero, ó si habiendo ocurrido á la Cámara desestara del recurso? Está en el caso de una sentencia firme que tiene la autoridad de la cosa juzgada, cuyo sello no puede quebrantarse, á menos de probarse que el apelante hubiera sido víctima de una violencia, como el secuestro de la persona ó de su representante para que no pueda interponer el recurso. Si el apoderado, voluntariamente ha dejado vencer los términos acordados por la ley, sólo él debe responder á su mandante; pero la sentencia quedaría firme. Téngase presente que la falta de consentimiento por violencia, error, fraude, etc., en los actos jurídicos, se prescribe por dos años.

Si se alegare violencia por parte del marido para hacer consentir á la mujer en el desestimiento, sería necesario demostrarla, y en ese caso la prescripción estaría en suspenso hasta la disolución del matrimonio, en que volvería á correr.

Debemos recordar lo dicho en el art. 259, al hablar de la imprescriptibilidad de la acción; que la reclamación del estado de familia tiene dos objetos principales: 1º, el estado mismo, sea de hijo natural ó legítimo; en una palabra, la condición ó calidad de hijo; un objeto que está fuera del comercio y de las transacciones, y por esa razón la ley declara imprescriptible el derecho de reclamarlo; 2º, los derechos pecuniarios que pueden ir unidos á ese estado de familia; es decir, á los bienes que puedan corresponderle con relación á su calidad de hijo natural ó legítimo;



la responsabilidad que la naturaleza le impone para con los hijos adúlteros.

3ª *La acción de división, mientras dura la división* (indivisión) *de los comuneros* (art. 4019, n° 3). El error de copia se nota á

y tratándose de objetos que están en el comercio son y deben ser susceptibles de prescripción; por esa razón el mismo Cód. Civil ha declarado que, os derechos pecuniarios sujetos al estado de familia son prescriptibles, mientras no lo es el estado mismo.

La prescripción adquisitiva ó usucapión reposa sobre la enajenación de la cosa poseída. ¿Y cómo podría enajenarse el estado de familia, que no es un bien que tenga apreciación pecuniaria?

La acción para reclamar la filiación es de orden público, y no puede ser renunciada válidamente por aquél á quien le corresponda.

(Art. 4019, n° 3.) Principiemos por corregir el error de imprenta que contiene este artículo, y que no se encuentra en la edición oficial declarada auténtica por dos leyes sucesivas; donde dice: «mientras dura la *división* de los comuneros», debe decir: «mientras dura la *indivisión*, etc.» En este mismo error se ha incurrido en el art. 521 que no habíamos comparado con la edición auténtica; sin embargo, en el comentario al mencionado artículo, le damos el alcance que debe tener; en ese artículo el *no* está demás.

Ahora vengamos á la acción de división. Y lo primero que se ocurre preguntar al estudiar esta parte, es por qué razón el Código se ocupa especialmente de legislar sobre una facultad, cuando sabemos que el no uso de las facultades conferidas por la ley, no hace perder el derecho que va anexo á ellas, mientras otro no la hubiera tomado ó privado del derecho; así, por ejemplo, la facultad de edificar sobre mi terreno no la pierdo sino cuando otro ha adquirido el terreno por prescripción. Pero aquí hay una posesión común de una cosa que pertenece á varios, y por eso se explica la imprescriptibilidad de la acción, desde que no se puede prescribir contra uno mismo. En efecto; si suponemos una cosa perteneciente á dos individuos, de la que están en posesión durante medio siglo, ¿qué prescripción podrían alegar el uno contra el otro? Ninguna seguramente! Ambos poseen la cosa; ambos han ejercido actos de dominio sobre ella; ambos han dejado de ejercer de común acuerdo ciertas

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4019, n° 2. — Véase el art. 293 de este Código. Porque la acción de la reclamación de estado, ejercida por los herederos del hijo, la acción por desconocimiento de la paternidad, la demanda de nulidad de matrimonio, son acciones prescriptibles y sujetas á términos fijos.

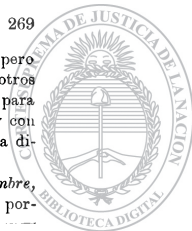


primera vista, es mientras dura la *indivisión*, en vez de la división. La acción es perpetua mientras la indivisión subsiste, porque

facultades, y entre ésta la que tienen para pedir la división de la cosa común; pero la prescripción comenzaría desde el momento en que uno de ellos tomase la totalidad de la cosa, negando á su comunero el derecho que se atribuye, ó si comprase á otro que sostuviera ser suya la cosa que ambos poseen; en esas hipótesis la prescripción del derecho de pedir la división se operaría indirectamente por la adquisición de la cosa; en el primer caso por treinta años desde que no tiene título; pero únicamente cuando el comunero le negase el derecho á su condómino, de modo que éste fuera desposeído por esa negativa de la posesión de la cosa; en caso contrario no sería suficiente que el comunero la tuviera para sí, porque no puede cambiar, por su propia voluntad, la causa de su posesión, pues debe ejecutar actos que excluyan al copropietario, ó tener un título de otro que se crea dueño. Cuando comprase á otro la cosa sobre que se atribuye él mismo ó su condómino un derecho exclusivo de propiedad, por creer al enajenante verdadero dueño de la cosa, la adquiriría por la prescripción de diez y veinte años con título, y por ese mismo tiempo se prescribiría el derecho de pedir la división; pero en esta hipótesis debe poseer la cosa en su totalidad, excluyendo al condómino.

Téngase presente que la facultad de ejercer tal ó cual derecho que nace de la propiedad no se puede prescribir ni perder por el no uso; en este sentido se dice que son imprescriptibles, porque no se extinguen directamente, y únicamente desaparecen con la propiedad de la cosa misma á que están anexas. Son imprescriptibles como facultades que nacen de la propiedad, la acción de deslinde, cuando los límites estuvieron confundidos, porque hay una especie de comunidad; la acción para pedir la mensura judicial, aunque no hubiera confusión de límites, porque es una facultad inherente al derecho de propiedad.

No es exacto, como algunos sostienen, que la acción de reivindicación sea imprescriptible mientras dure la de deslinde; porque si se supone que los límites están confundidos hay comunidad, ambos colindantes se reputan que poseen en común y no hay acción reivindicatoria que deducir; pero cuando los límites se han trazado haciendo cesar el condominio, en que cada uno posee para sí con un título, la prescripción de diez y veinte años se opera necesariamente; pero si resultare que se le hubiera dado más terreno del que su título le concedía, sólo prescribiría por treinta años, porque la división no confiere un título traslativo de la propiedad, es meramente declarativa, como la sentencia, que no da derechos, y sólo reconoce los existentes. Si suponemos que en



parte de un hecho reconocido como es el de la comunidad; pero cuando uno de los copropietarios desconociere al otro ú otros condóminos su copropiedad, teniendo la totalidad de la cosa para sí como único dueño, podrá prescribirla por treinta años, y con la pérdida de la propiedad desaparece el derecho de pedir la división que va anexo.

4ª *La acción negatoria que tenga por objeto una servidumbre, que no ha sido adquirida por prescripción (art. 4019, n° 4); por-*

la división de los terrenos colindantes cuyos límites estuvieran confundidos, se hubiese adjudicado á cualquiera de ellos una parte que no le atribuyeran los títulos, la prescripción para adquirir esa parte sería de treinta años, porque no tiene título.

(Art. 4019, n° 4.) La acción negatoria se ejerce contra el que se atribuye sobre nuestra propiedad un derecho que nos impide la libertad en el ejercicio de los derechos reales que nos corresponden. ¿Por qué es imprescriptible esta acción? El mismo artículo da la razón, al decir que no se prescriben las acciones que tengan por objeto una servidumbre imprescriptible, pues separa y exceptúa las que se adquieren por prescripción.

Las servidumbres discontinuas y no aparentes, por ejemplo, necesitan título para adquirirlas, no se pueden prescribir, luego la acción para reclamar la libertad del inmueble es imprescriptible, tratándose de esas servidumbres.

Debemos observar que la nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de Massé y Vergé, sobre Zachariæ, contiene una inexactitud, al decir: «la única manera de adquirir una servidumbre continua y aparente es la prescripción»; porque eso no es lo que dicen dichos autores, ni podían decirlo, pues el título de adquisición es el medio ordinario; es que al traducir la nota de Massé y Vergé, se suprimió un período importante, pues dicen: «la única manera de adquirir una servidumbre continua y aparente, *contra la voluntad del propietario que debe sufrirla*, es la prescripción». El período en letra bastardilla, y que explica la proposición, fué suprimido.

Así, pues, la acción negatoria sólo es imprescriptible cuando se re-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4019, n° 8. — Se trata del caso de una sucesión indivisa ó de una comunidad de hecho. En los otros casos no hay excepción á la regla. Si se trata de la comunidad de bienes entre los esposos ó de una sociedad, la acción de división no es imprescriptible, sino que no nace hasta que la comunidad ó sociedad se disuelva.



que no pudiéndose perder sino por el título, como son las servidumbres discontinuas y no aparentes, el inmueble sirviente puede rechazar la que se le quiere imponer.

5ª *La acciou (acción) de separación de patrimonios, mientras que los muebles de la sucesión se encuentran en poder del heredero (art. 4019, n° 5); porque los acreedores del causante pueden ejer-*

fiere á servidumbres discontinuas y no aparentes, que no pueden adquirirse sino por un título traslativo de dominio; las continuas y aparentes, se adquieren por prescripción, y no gozan de la excepción.

(Art. 4019, n° 5.) Respecto de esta acción, debemos notar que el Dr. Velez-Sarsfield, se ha separado de su modelo, que como hemos dicho ha sido Zachariæ, § 856, n° 5, que declara imprescriptible la acción mientras los inmuebles de la sucesión se encuentren en poder del heredero, y nuestro artículo habla sólo de los muebles. Pero si nos fijamos en la disposición del art. 3443, que dice: «la separación de patrimonios puede demandarse mientras los bienes estén en poder del heredero, ó del heredero de éste», tenemos que dar una extensión mayor á la expresión de que usa el artículo, pues no hay razón alguna para limitar á los muebles el privilegio de la imprescriptibilidad. En efecto, para que la acción de pedir la separación de patrimonios se pierda por los acreedores de la sucesión, es necesario que los bienes recibidos por el heredero, los haya adquirido por la prescripción de treinta años sin título, en ese caso la propiedad de la cosa no la tiene como heredero, sino por la prescripción, á título propio.

El derecho de pedir la separación de los patrimonios, sólo pueden ejercerlo los acreedores del causante de la sucesión para ser pagados con los bienes dejados por su deudor, impidiendo la confusión de patrimonios; este derecho no importa un privilegio como pudiera creerse, porque la ley no lo ha creado, ni ha convertido una acreencia ordinaria en privilegiada, únicamente ha autorizado á los acreedores del causante para reclamar el pago de los créditos con los bienes de su deudor.

¿Cómo resolver la dificultad proveniente de la redacción del artículo, que sólo habla de los bienes muebles? Armonizándolo con el art. 3443,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4019, n° 4. — La única manera de adquirir una servidumbre continua y aparente, es la prescripción. Mientras que la servidumbre no ha sido prescripta, el propietario puede intentar una acción negatoria para conservar la libertad de su fundo. Tal acción es imprescriptible, cualquiera que sea el tiempo que hubiese durado el uso de la servidumbre: ha faltado el título para adquirirla.

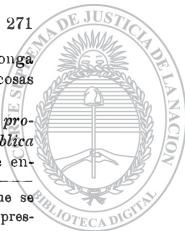
cerla, desde que su sólo silencio no basta para que se les suponga que han renunciado. Se prescribe únicamente cuando las cosas han salido de poder del heredero.

6ª *La acción del propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas á la vía pública* (art. 4019, n° 6); porque de otro modo la propiedad se en-

y entendiendo que se refiere á todos los bienes de la sucesión que se encuentren en poder del deudor. El art. 880, Cód. Francés, declara prescripto el derecho de reclamar la separación á los tres años; pero respecto de los inmuebles, declara que la acción puede ejercerse mientras estén en poder del heredero. Los comentadores franceses establecen, como es natural, que la acción se puede prescribir indirectamente, cuando el heredero, después de treinta años, ha adquirido la propiedad personal de los bienes de su autor, ó el crédito estuviese prescripto, y el Dr. Velez-Sarsfield, consagra la misma doctrina en la nota á este artículo, tomada de Massé y Vergé, sobre Zachariæ.

(Art. 4019, n° 6.) Lo primero que se ocurre preguntar al estudiar este inciso, es si la acción para pedir el paso por la vía pública, proviene de una facultad ó de un derecho, y al mismo tiempo, ¿cuál es la diferencia entre un derecho y una facultad? Hemos dicho que, todo lo que importa una facultad no se prescribe por el no uso del propietario, porque no está obligado á obrar, y sólo indirectamente se puede perder, con la pérdida de la cosa, por prescripción. La inacción ó el no ejercicio de una facultad, no puede dañar al propietario del derecho, y mientras éste exista y viva, por decirlo así, en el patrimonio de una persona, subsisten las acciones que le son anexas, tanto para defender el derecho y hacerlo reconocer, cuanto para usar de la cosa en la extensión que le determine la ley. El derecho, en mi opinión, forma la base de donde nacen las facultades que el individuo ejerce para gozar ó usar de la cosa. El derecho en sí mismo tiene por sujetos pasivos de él á todos los individuos, porque están obligados á respetarlo; pero de ese derecho reconocido nacen para el dueño facultades que le sirven de puntos de contacto con los individuos ó las cosas que lo rodean; así, del derecho de propiedad, por ejemplo, nace la facultad de edificar en el terreno vacío, que no puede perderse por prescripción, y que sólo desaparece cuando la cosa ha sido adquirida por otro. Y de este modo se puede explicar como el dueño de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4019, n° 5.— Esta es una de las acciones que no se prescriben directamente, pero sí indirectamente prescribense las cosas



contraría pérdida, y conviene á la sociedad que tal cosa no sucumba.

una propiedad encerrada, tenga la facultad imprescriptible de pedir el paso por las propiedades vecinas. Es una facultad inherente al fundo encerrado, y que interesa á la comunidad el que se ejerza en cualquier tiempo para que la propiedad no quede inútil.

La imprescriptibilidad de una facultad tiene su base, no en el derecho mismo que le sirve de fundamento y la hace nacer, sino en que la acción del individuo no es una condición necesaria de su existencia, y por eso la inacción no implica una renuncia de esa facultad; para que ella se pierda es preciso que la cosa salga de su dominio; es decir, que la propiedad pase á poder de otro. De los principios expuestos se deduce, no sólo que las facultades conferidas por la propiedad son imprescriptibles y únicamente pueden desaparecer con ella, sino también, que los seis casos estudiados en este artículo no son los únicos, y que pueden encontrarse otros que virtualmente estén comprendidos, como por ejemplo, la facultad de usar de la cosa de que uno es dueño; aunque el propietario no la hubiera usado durante medio siglo, no se habría perdido esa facultad, que únicamente desaparece cuando otro adquiera la cosa y le priva de la propiedad.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4019, n° 6. — Esta acción es imprescriptible para que una propiedad no se pierda, quedando sin comunicación alguna con la vía pública.



TÍTULO II

DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES EN PARTICULAR

§ 1090.—DE LA PRESCRIPCIÓN DE TREINTA AÑOS

Hemos dicho que era imprescriptible la acción para pedir la división de la cosa común, mientras dura la indivisión; pero esta acción, que no se pierde directamente, desaparece indirectamente con la propiedad á que va anexa, y este es el caso del **art. 4020**

(**Art. 4020.**) Se ha discutido entre nosotros, sobre si el artículo se refiere á una prescripción liberatoria ó adquisitiva, y aunque me parece la cuestión de poca importancia en la práctica, la tiene sin embargo, considerada bajo el punto de vista de los principios del derecho.

Todos sabemos que se llama prescripción liberatoria á la que liberta al deudor de cumplir con una obligación contraída, y usucapion á la prescripción que nos hace adquirir la propiedad de una cosa. En la práctica se puede decir que ambas producen el mismo efecto, pues extinguen acciones, y es indiferente para el deudor que se encuentra liberado de su obligación, como para el que posee una cosa durante treinta años, que en el primer caso dé por resultado extinguir el derecho de su acreedor, y en el segundo se extinga también indirectamente la acción para reclamar la cosa, porque él la ha adquirido por el trascurso del tiempo; pero para los principios que rigen las relaciones de derecho, no lo es; porque la prescripción propiamente dicha, liberta de cumplir al que tiene una obligación contraída, mientras la usucapion produce el efecto de atribuir la propiedad de una cosa al poseedor durante el tiempo prescripto. ¿De qué se trata en este caso? De la extinción de la acción indudablemente; aunque es cierto que esa extinción se ha producido, porque otro ha adquirido la propiedad de la cosa, de modo que la usucapion viene á ser la causa directa de la extinción para reclamar la división, pues el here-





que dice: *la acción para pedir la partición de la herencia contra el coheredero que ha poseído el todo ó parte de ella en nombre pro-*

prio demandante ha dejado de ser propietario. Además de esto, el artículo habla de la extinción de la acción, y el epígrafe del capítulo trata de la prescripción de las acciones, y aunque á estas dos objeciones se pudiera responder: á la primera, que toda prescripción adquisitiva se funda en la extinción de la acción que el propietario tenía para reclamar su cosa, y que la adquisición de la propiedad por otro, lleva consigo la extinción de la acción; en cuanto al epígrafe del capítulo, bastará fijarse que el art. 4022, confiere la propiedad de un seto ó cercado al que lo ha poseído treinta años, para comprender que ese título no debe servir de argumento; sin embargo, se trata de una acción extintiva, en parte, y de una adquisitiva, como vamos á verlo.

El Dr. Velez Sarsfield aceptó la redacción de Goyena al art. 915, quien á su vez se inspiró en el art. 816, Cód. Francés, aclarándolo en parte con el agregado: «en nombre propio y como señor y dueño»; pero introduciendo la palabra *herencia*, que viene á dar una idea falsa refiriéndose á la posesión de ella. En efecto, la herencia considerada como universalidad jurídica, no puede ser susceptible de posesión propiamente dicha, ni de usucapión; por consiguiente no hay en esto cuestión de usucapión, sino de la extinción de la acción para reclamar la división, y esto es lo que establece el art. 816, Cód. Francés, cuando dice: «la partición puede ser demandada, aun cuando uno de los coherederos hubiera gozado separadamente de parte de los bienes de la sucesión, si r.o ha habido un acto de partición ó de posesión suficiente para adquirir la prescripción». Las palabras en letra itálica han sido suprimidas en nuestro artículo por las dudas que suscitaban al exigir una posesión suficiente para adquirir, creyendo algunos autores que el artículo establecía una prescripción adquisitiva, y no extintiva. Habría sido preferible aceptar la redacción de los arts. 1227, 1228 y 1229, Cód. de Luisiana, que expresan mejor la idea, al decir: «la acción de partición es imprescriptible, en el sentido que subsiste mientras haya indivisión. . . . Pero cuando uno de los herederos ha gozado de todo ó parte de la sucesión, ó que todos han poseído cada uno partes divididas de los bienes hereditarios, aquél ó aquellos que han poseído esas partes pueden rechazar la demanda de partición, si la posesión de esos bienes ha durado treinta años sin interrupción. . . . Si no hay sino uno de los herederos que ha gozado separadamente una parte durante treinta años y todos los otros han poseído indivisamente lo demás de los bienes, la acción de partición subsistirá siempre entre los que han quedado en indivisión». Porque la idea



pio y como señor universal y particular, se prescribe por treinta años; esta prescripción se refiere á la adquisición de los bienes

capital es esta, extinguir la acción de división que sólo dura treinta años; pues, como dicen con razón Aubry y Rau, «otra interpretación nos conduciría á rechazar la prescripción de la que se habla, en cuanto á los inmuebles incorpóreales que no pueden adquirirse por usucapión y á contentarse con la posesión misma, por corta que sea su duración, en lo que concierne á los muebles corporales, respecto de los que la posesión vale por título. Una y otra consecuencia nos parece inadmisibles».

En mi opinión, el artículo no puede aplicarse exclusivamente á una prescripción extintiva, porque se habla claramente de la posesión de cosas que se adquieren por treinta años, teniéndolas en nombre propio y como señor y dueño, lo que indica claramente que se trata de adquisición; pero además de las cosas que son susceptibles de usucapión, hay derechos que no lo son y que se extinguen por el transcurso del tiempo; la prescripción propiamente dicha se aplicará entonces á esos derechos que quedan extinguidos.

La herencia no se puede poseer si se la considera como universalidad jurídica; pero sí los bienes de que se compone; así, pues, el heredero que ha poseído bienes de una sucesión en nombre propio y como señor y dueño, durante treinta años, puede rechazar la acción de división que le sea demandada por sus coherederos, porque ha adquirido los bienes aunque se considerase como un extraño á la sucesión, pues su título hereditario sólo lo autorizaba á prescribir por diez y veinte años lo que le hubiera correspondido en la división, pero como no ha existido ese título, necesita de los treinta años para la adquisición. En cuanto á la prescripción extintiva, con relación á los derechos y las acciones, ella se opera sin necesidad de posesión, porque como inmateriales no son susceptibles de poseerlos.

El artículo no está bien redactado, en mi opinión, porque expresa una idea falsa, y es que la herencia se puede poseer; cuando ha debido decir, como lo hace el Cód. de Luisiana, que cuando se han poseído los bienes hereditarios durante treinta años, como señor y dueño de ellos, se extingue la acción de los coherederos para demandar la división. En mi opinión, quedaría mejor expresada la idea si se dijera: «la acción para pedir la partición de los bienes poseídos por el coheredero ó coherederos en nombre propio y como señor universal y particular, se prescribe por treinta años», agregando, como lo hace Goyena, art. 915: «si todos los coherederos poseyesen en común la herencia, ó alguno de ellos en nombre y como cosa de todos, no tiene lugar la prescripción», completando



que componen la herencia; pero no excluye la prescripción propiamente dicha, para libertarse de una obligación. En el comentario tratamos extensamente la cuestión debatida entre nosotros sobre si comprende únicamente la prescripción liberatoria, ó sólo la para adquirir.

La acción del deudor para pedir la restitución de la prenda dada en seguridad del crédito después de hecho el pago, se prescribe por treinta años, si la cosa ha permanecido en poder del acreedor ó de sus herederos (art 4021); en este caso se trata de la ac-

así el pensamiento, de que no hay prescripción cuando las cosas se poseen á nombre de todos.

En cuanto á lo que algunos afirman, de que basta el silencio del heredero contra quien se prescribe, para que el demandado pueda exceptuarse con la prescripción, sin necesidad de probar *ni su posesión de los bienes hereditarios ni la continuación en la posesión*, es sin duda un error evidente, porque es sostener lo contrario de lo que el artículo expresa con claridad, pues exige posesión continua durante treinta años á título de dueño. El mero silencio ó inacción del coheredero no es bastante para que la acción se extinga; es necesario en el coheredero la posesión de las cosas reclamadas, durante el tiempo prescripto, ó más bien dicho, la adquisición de esas cosas. ¿En qué funda su negativa para no practicar la división? En que ha poseído esas cosas á título propio y como señor y dueño, durante treinta años; en ese caso debe probar los hechos en que funda su negativa; si la prescripción ha sido interrumpida por el demandante, no podrá alegar la de treinta años sino contando el tiempo corrido después de la interrupción. — Comp. AUBRY y RAU, § 622, texto y notas 8 y 9. TROPLONG, II, 1066. TOULLIER DUVERGIER, IV, 407. DEMOLOMBE, XV, 527 á 530. — Véanse arts. 125, 3313, 3460 y 3461.

(Art. 4021.) El presente artículo se puede considerar como una excepción de los principios consagrados por el art. 2412, en que la posesión de las cosas muebles vale por título, ó más bien dicho, constituye y

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4020. — Si todos los herederos poseían en común ó alguno de ellos en nombre y como cosa de todos, no tiene lugar la prescripción.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — *Aplicación del art. 4020.* — El derecho del coheredero para exigir la formación de la cuenta particionaria, colacionando los bienes recibidos por partición extrajudicial, se prescribe por su inacción durante treinta años. — Jur. Civ., VIII, 203, Ser. 4°.



ción extintiva más que de la prescripción para adquirir; porque las cosas muebles no se adquieren por prescripción, sino por la

forma el título mismo. En efecto, el acreedor prendario que ha dejado de serlo por el pago de la deuda, continúa poseyendo la prenda, y como la cosa no es robada, ni perdida, ni pertenece al Estado, debería pertenecerle; pero hay un contrato preexistente por el que se obligaba á devolverla, y en ese caso, dice el art. 2414, que la presunción de propiedad no puede ser invocada; ese contrato sirve de base para la reivindicación.

Y aquí vuelve á suscitarse la cuestión tratada en el anterior, á saber: ¿hay una prescripción liberatoria ó usucapión en este caso? Troplong, II, 480, de donde ha sido tomado el artículo, dice: «cuando el deudor, después de haber pagado todo lo que debe, no recoge la prenda, el *acreedor la prescribirá*, porque ya no la posee como acreedor prendario. La causa de su posesión se habrá cambiado, y la acción del deudor para retirar la cosa después de haber pagado, es una acción personal que se extingue por treinta años. Sucede lo mismo si por cláusula del contrato la anticresis cesa al cabo de cierto tiempo, si desde esa época comienza una posesión *animo domini*». De estas palabras, se deduce que, para Troplong, hay una adquisición de la propiedad de la cosa, pues el acreedor ha cambiado la causa de su posesión, y necesita continuarla con ánimo de dominio para adquirirla; por eso, el artículo dice: «si la cosa ha permanecido en poder del acreedor ó de sus herederos»; pero también dice que la acción se prescribe por treinta años, dando á entender que se trata de la prescripción liberatoria ó extintiva. Por esa razón, algunos escritores han tratado de híbrida esta disposición, que comienza por la prescripción de la acción y termina por la usucapión ó prescripción adquisitiva, que necesita de la posesión; pero me parece que se puede explicar diciendo, que la usucapión ó prescripción adquisitiva, al mismo tiempo que atribuye la propiedad al poseedor de la cosa por el trascurso de los treinta años, extingue la acción del anterior propietario para reclamarla; esto es lo que sucede en toda adquisición por medio de la usucapión, pues el dueño actual rechaza la reivindicación en virtud de su título, sin necesidad de una excepción perpetua, pues si al que ha poseído durante treinta años no puede oponérsele la falta de título ni la mala fe, es porque esa posesión le ha conferido un verdadero título de adquisición.

Se trata de una cosa mueble dada en prenda, que ha dejado de estarlo por el pago de la deuda que garantía, y ahora se pregunta: si esa cosa ha sido enajenada á un poseedor de buena fe, ¿puede reivindicarla el propietario? No encontrándose en ninguno de los casos previstos en los



mera posesión que viene á formar el título visible de adquisición, pues si esa cosa ha sido adquirida por un tercero de buena fe, el deudor que la dió en prenda no la puede reivindicar; es más bien la extinción de la acción para reclamarla la que se prescribe por treinta años; pero no debemos olvidar que si el propietario

arts. 2412 á 2415, la acción de reivindicación no procede, y el adquirente puede rechazarla; pero el enajenante responderá al dueño por el valor de ella, y los daños y perjuicios.

Aubry y Rau, § 425, sostienen que la acción del deudor para demandar la restitución de la prenda, una vez pagada la deuda, es puramente personal, y comienza á prescribirse á partir desde el pago, pues la causa de la posesión se ha cambiado, y combatiendo la opinión de Pont, II, 1168, quien enseña que el propietario del objeto empeñado conserva indefinidamente la acción de reivindicación, le contestan victoriosamente: que esta acción no es admitida en materia de muebles, sino en caso de pérdida ó robo, lo que es exacto y no ofrece duda por nuestro derecho, porque si bien el art. 2412 exige la buena fe en el poseedor, esa circunstancia en nada altera el principio de que en las cosas muebles la posesión vale por título.

Pero lo que se debe preguntar es, si la cosa dada en prenda, poseída por el acreedor durante treinta años, contados desde que se hizo el pago, es adquirida por éste, y los términos del artículo no dejan la menor duda, pues declara extinguida la acción personal; hay, pues, usucapión verdadera por una parte y extinción de la acción para reclamarla por otra.

Si la deuda no ha sido pagada en su totalidad, y la cosa permanece respondiendo á la parte no pagada, la prescripción no tiene lugar, porque no habiéndose cambiado la causa de la posesión, y siendo ésta precaria, como la del depositario, locatario, etc., no posee para sí sino para el dueño, y aunque la tuviera treinta años á este título, no la podría prescribir. Pero no se debe confundir la situación del acreedor prendario con la del comprador con pacto de retroventa, con quien se asemeja, pues que es un préstamo disfrazado entregando la posesión de la cosa en garantía; porque en la venta el contrato le ha transmitido la propiedad y es dueño de ella hasta que el vendedor use de su derecho para recuperar la cosa, si no lo ha hecho por negligencia ó por cualquier otra causa, la venta queda irrevocable, porque el comprador la posee *animo domini*; no ha cambiado la causa de su posesión, pues desde su comienzo la poseía para sí.—Comp. TROPLONG, II, 482. AUBRY Y RAU, § 435. DUNOD, pág. 92. DALLOZ, Rep. V.º *Prescr.*, pág. 235. — Véase art. 3238.

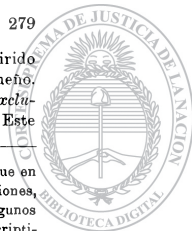
tario no puede reclamarla es porque el acreedor la ha adquirido y hecho suya, aunque no la hubiera tenido como señor y dueño.

La prescripción de treinta años confiere la propiedad exclusiva de un seto ó cercado, á uno de los vecinos (art. 4022). Este

(Art. 4022.) El presente artículo es una prueba evidente de que en este título no sólo se habla de la prescripción extintiva de las acciones, sino también de la adquisitiva ó usucapión. No se trata, como algunos lo suponen, de la acción de deslinde que como facultad es imprescriptible, y mientras la confusión de los límites exista, poseyendo los linderos en común los terrenos confundidos, aquéllos no pueden perder la facultad de pedir se investiguen y delimiten los que están confusos é inciertos.

El artículo habla claramente de la adquisición de un seto ó cercado por medio de la prescripción de treinta años, y cuando se trata de la propiedad que adquiere uno de los vecinos colindantes por haberla tenido cercada, sería arbitrario reducirla á la acción de deslinde. En efecto, ¿qué es un seto ó cercado? La academia de la lengua castellana llama cercado, á todo huerto, prado ú otro sitio rodeado de valla, tapias ú otra cosa para su resguardo; quiere decir, entonces, que el seto es el terreno contenido dentro de una tapia, zanja, alambrado ó cosa semejante, y lo que se adquiere es la propiedad del terreno contenido dentro de ese cerco ó tapia. El principio proclamado por el art. 4016, de que la posesión no interrumpida durante treinta años, de una cosa poseída como propia, hace adquirir la propiedad de ella, tiene en este artículo su aplicación completa; así es que no se debe confundir con la acción de deslinde de que hablan Aubry y Rau, § 199, n.º 3, cuando dicen: «la acción de deslinde es imprescriptible en el sentido de que cualquiera que sea el tiempo durante el que los dos fundos contiguos hayan quedado sin ser delimitados, el deslinde puede ser siempre demandado. Solamente, el vecino que hubiera poseído durante treinta años una extensión de terreno cierto y limitado por signos aparentes é invariables, podría aunque el contenido de ese terreno fuese superior á la que le atribuyen sus títulos oponerse á toda operación previa de mensura, y pedir que los mojones sean plantados sobre la línea indicada por esos signos». La situación es semejante á la que supone el artículo; pero los mismos autores, en la nota 20, nos dicen que nada impide que se prescriba más allá del título, indicando así que la adquisición de la parte cercada se ha realizado por la posesión de treinta años.

Pero esta cuestión no tiene importancia práctica, porque el vecino que ha poseído el terreno cercado durante treinta años, puede rechazar



artículo como el anterior hablan de la prescripción para adquirir, desde que confiere la propiedad; pero se puede hacer á su respecto el mismo argumento hecho á ese artículo, para demostrar que, también, se puede aplicar la prescripción extintiva.

§ 1091. — DE LA PRESCRIPCIÓN DE DIEZ Y VEINTE AÑOS

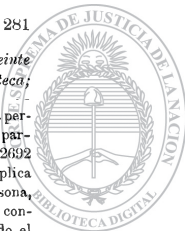
Así como en la prescripción para adquirir, se necesita posesión pacífica y continua, justo título y buena fe, en la liberatoria que sólo tiene por objeto libertar al individuo de una obligación que encadena y limita su acción, no hay título, ni posesión, ni buena fe, y sólo tienen de común en que ambas requieren el mismo tiempo; así dice el **art. 4023**: *toda acción personal por*

la acción reivindicatoria alegando la adquisición ó propiedad de ese terreno, sosteniendo á la vez que la acción de deslinde sólo debe circunscribirse al límite del terreno adquirido, y que los mojones deberán colocarse sobre la línea que indica el cerco, zanja ó tapia; pero no tiene derecho para pedir se declare extinguida la acción de deslinde, que el vecino conservará siempre que respete la nueva adquisición.

Es necesario tener presente que la acción de deslinde, por confusión de límites, importa una reivindicación, como lo dijimos en el comentario al art. 2746, pues se reclama el terreno confundido; pero la simple mensura, que es un mero procedimiento, no se encuentra comprendida en este artículo, que tampoco declara extinguida la acción de deslinde que es una facultad, sino perdida la propiedad del terreno cercado ó tapiado. La acción de deslinde no se pierde, porque en todo tiempo puede demandarse por el propietario vecino; pero al ejecutar el deslinde que no puede negarse, deberá respetarse la propiedad adquirida dentro del muro ó tapia, que la separan del vecino; así, pues, reputo un error evidente el sostener, que la acción de deslinde se prescribe por treinta años, cuando una de las partes ha dividido por alambrados ó cercos su terreno con el del vecino; pues lo que se prescribe es el terreno cercado, y el vecino al hacer su deslinde debe respetar ese límite.—Véanse arts. 2746 á 2751, 4019, n° 3.

(**Art. 4023.**) Cuando el artículo habla de las acciones personales que se prescriben por diez y veinte años, agrega para especializarlas, que deben provenir de *deuda exigible*, demostrando así que, quedan excluidas de esta prescripción, todas aquellas acciones que pesando sobre las cosas





deuda exigible se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, aunque la deuda esté garantizada con hipoteca;

que nos están sujetas se ejercen sobre ellas con independencia de la persona, buscando la cosa que nos está obligada. Así, las acciones de partición de la herencia y de la cosa común, que sostuvimos en el art. 2692 que eran reales, no están comprendidas en este artículo, pues se aplica únicamente á aquellas obligaciones que limitan la libertad de la persona, sin producir un derecho sobre una cosa determinada. La acción de condominio, por ejemplo, no se prescribe mientras no se haya perdido el dominio sobre la cosa; es necesario que el condómino la haya poseído como propia durante treinta años, para que la acción anexa al derecho del propietario se considere extinguida.

La acción personal debe ser proveniente de una deuda; es decir, que debe tener por base una obligación personal; no están comprendidas las que se fundan en la obligación de restituir una cosa á su dueño por haberla recibido en depósito, prenda ó comodato, en que es necesario adquirir la propiedad de la cosa para que se extinga la acción.

La prescripción sólo comienza á correr desde que el derecho ha podido demandarse. Una obligación no vencida, sea á plazo ó condicional, no puede prescribirse sino desde que el plazo se hubiere vencido ó la condición se cumpliera, dando derecho para exigir la obligación. Así, la acción de reversión estipulada en la escritura que es real, pues va escrita en la cosa y no puede pasar á terceros adquirentes sino bajo la misma condición, no está comprendida en este artículo, que sólo habla de las acciones personales. Supongamos que he donado una casa á A, bajo la condición que en caso de muerte volverá á mi poder, fallece el donatario y yo no reclamo la casa de los herederos. ¿Habré perdido mi acción por diez ó veinte años, como si fuera exclusivamente personal? No, responderemos; porque el título lleva en sí la condición resolutoria que revoca el dominio y la hace volver á mi poder; pero no tengo la posesión y debo reclamarla, y como los herederos del donatario no tienen título, necesitarán treinta años para adquirirla por la más larga prescripción.

La condición de estar presentes y ausentes, ¿se refiere al acreedor ó también comprenderá al deudor? Supongamos que A, me debe veinte mil pesos pagaderos dentro de diez años y ha garantido la deuda con hipoteca. La prescripción comienza á correr desde que la deuda se hace exigible, y la hipoteca, si no ha sido renovada, habrá quedado extinguida; pero si el deudor se encontraba ausente de la provincia en que contrajo la deuda, ¿puede el acreedor alegar esta ausencia para no demandar la



porque la obligación subsidiaria no puede modificar la principal; y además, la hipoteca no dura sino diez años, aunque puede con-

acreencia á los diez años de vencida? El deudor le diría: Vd. ha podido demandarme, haciendo que me represente un defensor y seguir con el juicio como si estuviera presente; si ha dejado vencer los diez años sin hacer gestión alguna, Vd. ha perdido su derecho. ¿Qué podría contestar el acreedor? ¿Que la ley sin hacer distinción, habla de la acción personal por deuda exigible entre presentes y ausentes? En efecto, no hace distinción entre el acreedor ausente y el deudor en las mismas condiciones; pero si ocurrimos á las fuentes de donde fué tomado el artículo, veremos que la ausencia es creada en beneficio del acreedor únicamente, porque se explica en ese caso su inacción, por no estar presente en la provincia donde está domiciliado el deudor. El artículo ha sido tomado al pie de la letra del art. 1967, de Goyena, quien dice en su explicación: «el art. 3508, de la Luisiana, adoptado en el nuestro, por más consecuente y equitativo, exige diez años entre presentes y veinte entre ausentes: la negligencia es mayor en el presente que en el ausente»; y el Cód. de Luisiana, dice: «todas las acciones personales, en general, cualesquiera que ellas sean, salvo las más abajo descritas, se prescriben por diez años, si el acreedor está presente, y por veinte años, si está ausente»; luego el beneficio es en favor del acreedor que no ha podido accionar contra su deudor; pero la ausencia de éste en nada debe influir para dispensarlo de la demanda ante el juez donde debe cumplirse la obligación. Y así debe ser, porque el deudor que alega la prescripción de diez años para libertarse de la obligación, sólo puede rechazarla excepcionándose cuando el acreedor demuestra su ausencia del lugar en que debía cumplirse la obligación. Téngase presente el art. 4002, donde se dice que el dueño de la cosa es el que debe estar ausente y no el poseedor de ella, y es el dueño del derecho en este caso quien debe estar ausente para alegar la prescripción de veinte años.

Cuando la obligación es solidaria entre varios deudores, cualquiera de ellos puede alegar la prescripción beneficiando á sus coobligados; pero si son varios acreedores solidarios contra varios deudores también solidarios, cualquiera de éstos puede alegar la prescripción de diez años contra el demandante, y debe declararse prescripta la acción, si hubiera estado presente aunque su coacreedor hubiera estado ausente; porque como se ha dicho, en esos casos hay tantas acreencias como deudores hubiere, y por consiguiente habrá tantas prescripciones que alegar como deudores existan. Pero téngase presente que la ausencia del deudor no autoriza al acreedor para alegar la prescripción de veinte años.

tinuar renovándose la inscripción. La presencia ó la ausencia se cuenta con relación al acreedor, dueño y señor del derecho, te-

Si la obligación fuera indivisible y el acreedor estuviere ausente, esa ausencia podrá ser alegada contra cualquiera de los deudores que debiera cumplirla, y por el contrario, si estuviera presente y los deudores se encontrasen ausentes, esa circunstancia no autorizaría al acreedor para alegar la prescripción de veinte años, pues como hemos dicho, ese término se ha concedido al dueño del derecho en la prescripción liberatoria, y al dueño de la cosa en la usucapición, porque su ausencia del lugar en que debía cumplirse la obligación, ó donde estaba situada la cosa, explican su inacción, y así como no podría alegarse en la usucapición la ausencia del poseedor del inmueble para no reclamarlo del que lo tiene á nombre del usurpador, del mismo modo no podría alegar la ausencia del deudor para no exigir la acreencia, cuando pudo hacerlo representar en el juicio ó demandarlo, ó interrumpir la prescripción.

El artículo dice terminantemente, la acción personal se prescribe por diez años entre presentes, aunque la deuda esté garantida con hipoteca; porque ésta es una obligación accesoría que sólo tiene vida mientras exista la principal, y además porque la hipoteca se extingue á los diez años; pero, ¿qué sucedería si la deuda estuviera garantida con prenda ó anticresis? Esta circunstancia, ¿haría imprescriptible la acción? La cuestión es muy difícil; porque hay poderosas razones para sostener lo contrario. En efecto, se puede alegar que la acción personal no es imprescriptible: 1º, porque no entra en las enumeradas en el art. 4019, únicas declaradas imprescriptibles; 2º, porque la obligación no deja de ser personal por estar garantida con prenda; 3º, porque si es puramente personal está regida por el artículo que sólo le da existencia y vigor por diez años entre presentes y veinte entre ausentes; 4º, porque el tener la cosa en prenda no importa el ejercicio del derecho de cobrar la acreencia, es un mero hecho que no tiene significación una vez que la obligación se ha extinguido; 5º, que la prescripción no se interrumpe sino por la demanda ante juez; 6º, que crearíamos una forma nueva de *suspender* la prescripción, desde que declaramos que no corre mientras el acreedor tenga en su poder la cosa que garante la obligación; 7º, que el art. 4021, al hablar de la prescripción de la prenda y exigir como condición el pago de la deuda, no tiene aplicación al presente caso, porque se trata de la adquisición de la cosa dada en prenda, en que el acreedor necesita cambiar la causa de su posesión; 8º, que finalmente, si se aceptara la doctrina de la imprescriptibilidad de la deuda, tendríamos que crear dos disposiciones que no existen en el Có



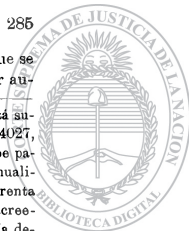


niendo en cuenta la habitación en la provincia donde reside el deudor.

digo: la suspensión de la prescripción; y que esa suspensión no tendría término, desnaturalizándola, y además declarar imprescriptibles todas las obligaciones garantidas.

En cambio hay también fuertes razones para apoyar la no extinción de la acción; se puede decir: 1º, que la prenda mientras permanece en poder del acreedor responde por la deuda, y al dejarla el deudor reconoce la causa de deber, sin necesidad de demanda ni interpelación; 2º, que el acreedor puede resistir la entrega de la prenda mientras no se le haya pagado la deuda; 3º, que si tiene un bien raíz en anticresis percibiendo los frutos para compensarlo con los intereses, está ejerciendo su derecho, y no se puede considerar que lo ha abandonado, que es como si estuviera recibiendo los intereses de su crédito. Indudablemente que el argumento de mayor fuerza que se puede hacer es el de la anticresis en que el acreedor ejerce con consentimiento del deudor que reconoce permanentemente su deuda al dejar que se perciban los frutos que la cosa produce; pero si nos inclináramos á reconocer una excepción en este caso por la naturaleza especial, no lo haríamos en cuanto á la hipoteca y la prenda. Con relación á la primera no puede haber dificultad, porque su duración está limitada á diez años; pero la segunda debe seguir las alternativas de la obligación garantida; si ésta ha cambiado por la novación, si se ha extinguido por transacción, remisión, pago, prescripción, etc., la cosa se encuentra libre y puede ser reclamada por el deudor ó dueño; y esto sería evidente cuando un tercero hubiera dado la cosa para garantizar la obligación de otro; porque tendría derecho para reclamarla alegando la prescripción de la obligación garantida. Sin embargo de reconocer la fuerza de la objeción en el caso de la anticresis, rechazamos, en nombre de los principios, semejante excepción que vendría á alterar la obligación principal, dándole un carácter que no tiene y transformándola. El mismo Dr. Velez-Sarsfield nos dice, que «todas las acciones que no son reales, ó más bien, *toda prescripción liberatoria se cumple á los diez años*», y sobre todo está el artículo que así lo dice claramente. ¿Acaso la acción personal se transforma y deja de serlo por ser garantida por un fiador, por una prenda ó por la anticresis? No, seguramente! El acreedor debe saber que si no demanda su crédito dentro de diez años, estando presente, ese crédito se considera extinguido, como si hubiera sido pagado, y en consecuencia está obligado á interrumpir la prescripción por una demanda.

El Dr. Velez-Sarsfield, en la nota tomada en parte de Troplong, 822,



Cuando una persona ha desaparecido de un lugar sin que se tenga noticia de su existencia, se procede á hacerlo declarar au-

dice, que la acción para reclamar el pago de una renta vitalicia está sujeta á la regla del artículo; pero debe tenerse presente que el art. 4027, n° 3, establece la prescripción de cinco años para todo lo que debe pagarse por años ó plazos periódicos, y según esa disposición cada anualidad se prescribirá por cinco años; pero la obligación de pagar la renta como personal se extinguiría á los diez años estando presente el acreedor, y pasado ese tiempo sin haber hecho gestión alguna no podría demandar la nulidad, porque la obligación principal estaría prescripta. La acción para pedir los daños causados por un delito ó cuasi delito se prescribe por un año, art. 4037; pero la que proviene de contratos se prescribe por diez años.

En la misma nota se dice que, se prescribe por diez años el derecho para pedir la legítima forzosa, y se debe entender que se refiere á la acción personal que tienen los herederos para dejar sin efecto las disposiciones que mengüen la legítima forzosa á que se refiere el art. 3601, así como la acción que tienen los herederos en los casos del art. 3537, cuando el testador hubiere dejado á uno de los herederos una cantidad superior á la que la ley le permite disponer, en que se puede demandar la reducción contra el descendiente favorecido. En cuanto á la acción misma de reclamar la legítima cuando el heredero ha sido excluido, le compete la de petición de herencia acordada por el art. 3421, que es real, y es una especie de reivindicación de los objetos comprendidos en la sucesión.

La regla del artículo se aplica á toda acción personal proveniente de un acto jurídico, y por consiguiente se prescribirá por diez y veinte años la acción del mandante contra su mandatario por la rendición de cuentas, así como la del mandatario contra su mandante por los desembolsos ó adelantos en dinero que hubiera hecho en cumplimiento del mandato, y todas las demás acciones personales que no estén regidas por una disposición especial.

La obligación debe ser *exigible*, dice el artículo, entendiéndose que pueda demandarse aunque la cantidad no sea líquida. Desde que la obligación haya nacido sin condición alguna, y pueda ser demandada en justicia, corre la prescripción de diez y veinte años.

No es exacto, como algunos lo afirman, que la Corte Suprema haya declarado en el tomo 4, pág. 18, Serie 2ª, «que un documento privado se hace exigible desde su reconocimiento en juicio, y la prescripción no principia á correr sino desde que el documento con que se ejecuta esté



sente con presunción de fallecimiento, y se pone en posesión provisoria de los bienes á los presuntos herederos, y una vez que

reconocido»; porque de la lectura de la causa resulta que se trataba de un asunto regido por la legislación anterior á la vigencia del Cód. Civil, y se hablaba de la acción para ejecutar, cuyo término debe comenzar desde que el documento adquirió fuerza ejecutiva; el presente artículo no ha podido ser aplicado á ese caso. — Véanse arts. 1909, 3197, 3957 y 4037.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4023. — En contra, L. 5, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec., que señaló veinte años, y treinta cuando habia hipoteca. La hipoteca no es sino un accesorio de la obligación. ¿Cómo, pues, desnaturalizar lo principal? Sobre todo, ha quedado establecido que toda hipoteca queda concluida á los diez años.

Según el principio sentado en el artículo, la acción civil para pedir los daños y perjuicios causados por un delito ó cuasi-delito, se prescribe por diez años. Lo mismo la acción para reclamar el pago de una renta vitalicia, el derecho para pedir la legítima que corresponde por la ley, la acción de garantía entre los herederos de las cosas que reciben por la partición, en general, todas las que no sean acciones reales, ó más bien, toda prescripción liberatoria, se cumple á los diez años. En este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales.

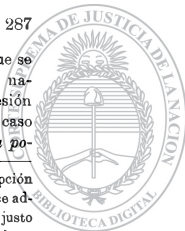
Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4023. — La deuda de contribución directa y multas se prescribe por el lapso de diez años entre presentes, á diferencia de la de sus intereses que se prescribe por el lapso de cinco años. (La disposición del art. 4027, Cód. Civ., se refiere exclusivamente á los atrasos de lo que debe pagarse por años ó plazos periódicos más cortos, es decir, á los intereses, rentas ú otros accesorios análogos del capital, y no al capital ó principal mismo de la deuda, el cual, cualquiera que sea la forma en que se haya estipulado pagadero, ya á plazos periódicos determinados, ya á un plazo único, está sujeto y se rige por una disposición distinta, á saber: la relativa á la prescripción de las acciones personales en general. Dicho artículo no puede, pues, entenderse aplicable indistintamente, al valor de las contribuciones y multas legales á que se refiere la demanda y al de los intereses al mismo tiempo de estas multas, únicos que comprende su disposición y á que puede alcanzar por tanto su protección. El capital se rige por el art. 4023, Cód. Civ.) — XLII, 290.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4023. — De diez años, sólo por ese término se prescribe la obligación de pagar las confecciones que se encargan á un artesano. — Jur. Civ., VIII, 217, Ser. 1°.

Para que proceda la excepción de prescripción de acciones personales entre presentes, deben transcurrir diez años desde la fecha de la obligación hasta la presentación judicial del acreedor; la notificación del deudor no es necesaria para que la acción se tenga por instaurada dentro del término legal. — Jur. Civ., X, 209, Ser. 2°.

La obligación de pagar cuando el deudor tenga bienes, se prescribe por la inacción del acreedor durante diez años. — Jur. Civ., XI, 195, Ser. 5°.

Contra la deuda proveniente de una carta de crédito, sólo procede la pres-



hayan pasado quince años desde su desaparición, ó desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, ú ochenta años desde su nacimiento, el juez declara abierta la sucesión, y pone en posesión definitiva de los bienes á los herederos presuntivos, es este caso el legislado por el **art. 4024**, que dice: *después de dada la po-*

(**Art. 4024.**) En el presente artículo se trata de una prescripción con título, y de ahí es que se aplique la regla del art. 3999, que hace adquirir la cosa por diez y veinte años, cuando se tiene buena fe y justo título. El que ha sido puesto en posesión provisoria de los bienes del ausente con presunción de fallecimiento, después de observar todas las formalidades legales, se puede reputar como único heredero desde que nadie se ha presentado á reclamar la herencia, y si después de vencidos los términos y declarado el causante como fallecido se ha entregado la herencia, nadie puede negar al heredero buena fe y justo título para que prescriba las cosas comprendidas en la sucesión, como lo haría cualquier extraño en las mismas condiciones. Esta prescripción ordinaria nada tiene que ver con la que necesita el coheredero para prescribir la acción de partición de que hemos hablado en el art. 4020, porque este artículo supone que todos los herederos han sido puestos en posesión de la herencia y uno de ellos ha poseído una ó varias cosas como señor y dueño; en ese caso, como no tiene título para apropiarse de lo que corresponde á su coheredero, necesita de la larga prescripción de treinta años para adquirirla. Así es como se explica esta diferencia en la prescripción; en el primer caso el que ha sido puesto en posesión de la herencia como único heredero, ha adquirido la cosa por diez y veinte años, porque tiene título y buena fe; en el segundo, para adquirir la parte de su coheredero necesita treinta años, porque no tiene título ni buena fe, pues sabe que la cosa pertenece en común á su coheredero. A pesar de la explicación que precede y que nos parece satisfactoria, sería de opinión que se armonizara este artículo con el 4020, pues el Cód. Francés, art. 133, de donde fué tomado, señala los treinta años de posesión.

¿Cuál es el alcance que debe darse á la expresión «de sus hijos y descendientes directos» de que se sirve el artículo, tomada del art. 133, Cód. Napoleón? ¿Comprende igualmente á los hijos naturales como á los legítimos? Me parece que no ofrece duda por nuestra legislación, desde que los hijos naturales concurren con los legítimos á dividir la herencia de su padre.

...
cripción de diez ó veinte años; la excepción fundada en menor término debe ser rechazada. — Jur. Civ., IV, 11, Ser. 8°.

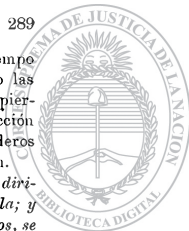


sesión definitiva de los bienes del ausente, la acción de sus hijos y descendientes directos para hacer valer sus derechos, se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes; porque el heredero ó herederos presuntivos á quienes se han entregado los bienes del ausente, considerándolo como fallecido, tienen un título

Téngase presente que la prescripción de diez y veinte años, acordada por este artículo, sólo principia á correr desde que se haya dado la posesión definitiva, ó más bien dicho, cuando se hubiese declarado abierta la sucesión, en que la sociedad conyugal concluya. Y que esta prescripción sólo es en favor de los hijos y descendientes del ausente, pero no rige en favor de éste, pues en cualquier tiempo que apareciese el heredero que tuviera los bienes, por no haberlos enajenado, tendría que devolverlos; porque poseyéndolos en nombre y en representación de su causante, no podría jamás alegarle la prescripción, como lo dijimos en el art. 124; sería necesario cambiar la causa de la posesión para poder alegar la prescripción. En cambio, el heredero no necesitará de tiempo alguno para disponer de los bienes de que ha sido puesto en posesión, y la enajenación que de ellos hiciere, no podrá ser atacada por el ausente si apareciese, pues sólo tiene derecho para recibir los bienes en el estado en que se encuentren, ó los que hubiere comprado con el valor de los vendidos.

En el derecho francés, que señala la prescripción de treinta años, es una cuestión muy controvertida la de saber, si los treinta años se deben considerar como un término fijo é invariable, ó bien si se deben contar como en la prescripción ordinaria sujeta á suspensión é interrupción. Entre nosotros, no puede existir esa cuestión, porque siendo una prescripción ordinaria de diez y veinte años, está sujeta, como las demás, á la suspensión, de modo que si corriendo la prescripción el heredero del ausente falleciese dejando un menor de edad, ésta se suspendería con arreglo al art. 3966.

Lo dicho en el art. 3954, tiene en el presente su aplicación; pero con relación á los herederos instituidos, sólo comienza la prescripción desde la apertura de la sucesión, que generalmente será en el mismo tiempo, porque sólo se da la posesión definitiva, cuando se declara abierta la sucesión, ordenando se entreguen los legados, así como las cosas sujetas á la condición de su fallecimiento; como si el ausente hubiera sido usufructuario, el usufructo terminaría con la posesión definitiva de la herencia. — Comp. DEMOLOMBE, II, 185. TOULLIER, I, 453. DURANTON, I, 513. — Véanse arts. 123 á 125, 3555, 3954 y 3966.

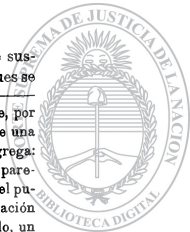


justo y legítimo de transmisión, tienen la posesión, por el tiempo requerido por la ley, y la buena fe, así es que han adquirido las cosas, y de ahí es que los hijos y descendientes del ausente pierdan su derecho para reclamar; es decir, que en este caso la acción cesa ó se extingue por la adquisición de la cosa que los herederos presuntivos del ausente han hecho mediante la prescripción.

La acción del menor, sus herederos y representantes para dirigirse contra el tutor por razón de la administración de la tutela; y recíprocamente, la del tutor contra el menor ó sus herederos, se prescriben por diez años, contados desde el día de la mayor edad ó desde el día de la muerte del menor (art. 4025, 1ª parte); te-

(Art. 4025.) La acción de la tutela era imprescriptible por el derecho romano; pero el Cód. Francés, art. 475, la declaró prescriptible por diez años, porque, como decía Berlier, siendo la tutela una carga onerosa, su peso no debe prolongarse inmoderadamente, con tanta más razón cuanto que ella abraza la gestión de muchos asuntos, y un largo tiempo que puede llegar á quince ó veinte años, de tal suerte que, si la acción del menor hubiera de durar otros veinte ó treinta años, la responsabilidad de la tutela pesaría sobre el tutor durante medio siglo.

El artículo determina claramente el momento en que la prescripción de diez años comienza á correr: 1º, desde que el menor haya llegado á la mayor edad; 2º, desde la muerte del menor. Pero antes de estudiar estos dos acontecimientos, que fijan el momento en que la prescripción comienza á obrar para extinguir la obligación del tutor, examinemos si se aplican á esta acción las reglas de los arts. 4023 y 4024, ó si se mantiene el término de diez años para los casos de ausencia. Para resolver tan difícil cuestión, es necesario darnos cuenta de la posición en que se encuentra el tutor. En efecto, la tutela es una carga pública impuesta forzosamente en bien, no sólo de los menores, sino de la sociedad misma que se encontraría perjudicada abandonando á los que necesitan su amparo y protección. Como tal carga pública no puede renunciarse sin una justa causa, resulta que el tutor no se encuentra en la misma situación del que contrae voluntariamente una obligación personal, que puede parecer que la abandona por imposibilidad de ejecutarla cuando se encuentra ausente. De esta diversa situación nacen, sin duda, las palabras de Berlier, orador del gobierno en la exposición de motivos al explicar el art. 475 del Cód. Francés, cuando dice: «el proyecto que se os somete, contiene un cambio bastante grave en la duración de la acción que existirá contra el tutor, en razón de su administración».



niendo presente lo dispuesto en el art. 3967, en que no se suspende la prescripción por la menor edad de los herederos; pues se

Estas palabras indican que el término señalado en el artículo, sale, por decirlo así, de las reglas ordinarias del derecho común, que hace una excepción á esas reglas, excepción que explica y funda cuando agrega: «cualquiera que deba ser en adelante la más larga prescripción, ha parecido, en el caso particular, detenerse en la de diez años; porque si el pupilo debe ser favorecido, es imposible no tomar también en consideración la situación del tutor. La tutela ha sido para él, mientras ha durado, un acto oneroso, una carga de familia, cuyas dificultades no deben prolongarse indefinidamente en su contra: al acordar al pupilo diez años después de su mayor edad para el ejercicio de todas las acciones relativas á la tutela, *se hace lo suficiente, y todo exceso en esta materia sería un mal real para toda la sociedad*». Fundado, pues, en la situación del tutor, creo que la prescripción no puede prolongarse á veinte años entre ausentes, y además fundo esta opinión en las razones siguientes: 1º, que la prescripción señalada en este artículo, es de derecho excepcional, porque la ley impone al tutor la aceptación de un cargo que no puede eludir sino alegando una justa causa, y es razonable que trate de libertarlo de las consecuencias que trae aparejada esa carga, en un plazo que consulte la seguridad del pupilo y la del tutor que no debe permanecer en una situación embarazosa durante veinte años, por haber prestado un servicio obligatorio; 2º, que si bien los arts. 3513 y 4026, hablan sólo de la prescripción de diez años, y en ellos se admite la aplicación de la regla de derecho común, de que esos diez años son entre presentes y veinte entre ausentes, en este caso varía de especie; porque hay una razón especial para no someter al tutor, que desempeña una carga pública, y presta un servicio, á los mismos plazos á que se encuentran sometidos los que no están en esas condiciones; 3º, que Goyena, art. 266, donde probablemente se ha inspirado el Dr. Velez-Sarsfield, no deja lugar á dudas, cuando dice: «á los diez años de acabada la tutela *se extinguen todas las acciones que recíprocamente competan al tutor y al menor, por los actos relativos á la tutela*», y si bien es cierto que al final del comentario dice, que nada se establece de nuevo después de haber reducido á diez años la prescripción de todas las acciones personales; también lo es que esa es una explicación, no de que esta prescripción se encuentre en el mismo caso de las demás acciones personales, sino en cuanto al término de diez años que fijaba, pues dice: «en este artículo había un segundo párrafo limitando á cuatro años la acción del menor para pedir contra el tutor la reparación del daño que hubiera sufrido por obligaciones contraídas con un tercero.



trata de un servicio público, y por esa razón el legislador ha dicho: *esta prescripción no es interrumpida por la convención que*

Pero fué suprimido por considerar, que si bien por el párrafo 2, Sección 10, capítulo 5, título 3, lib. 3, se le conceden al menor sólo cuatro años para pedir subsidiariamente la restitución contra el que contrajo de buena fe con el tutor, no debe limitarse á *tan corto tiempo* la principal contra un tutor negligente ó de mala fe; siendo esa la razón porque se ha elevado á diez años, como en el caso de las acciones personales; pero de seguro que no ha entendido prolongar á veinte, quien se escusa de haberla subido á diez, cuando sólo se concedían cuatro para pedir la restitución contra el contratante de buena fe; 4º, que se trata de un beneficio concedido al tutor, para extinguir una acción que pesa sobre él por el desempeño de una carga pública, y no es de buena interpretación asemejarlo á los que contraen voluntariamente estas obligaciones; 5º, que la nota del Dr. Velez-Sarsfield, al art. 3967, apoya decididamente nuestra tesis, pues demuestra que sería inconveniente prolongar esta acción por más de diez años; 6º, por fin, el artículo habla únicamente de la prescripción de diez años, y no hay razón alguna para extenderla á veinte, en caso de ausencia, cuando la ley no hace distinción alguna. Por estas razones, soy de opinión que la prescripción de la acción del menor contra su tutor, ó de éste contra el menor por la administración, se prescribe á los diez años, ó como dice Goyena, se *extingue* por ese tiempo.

El primer término para que comience á correr la prescripción es la mayor edad, de donde se deduce claramente que, si el tutor es removido ó renuncia, como la prescripción sólo corre desde la mayor edad, no comenzará sino cuando ésta se haya cumplido, y por consiguiente, si el menor es emancipado, no correrá contra él la prescripción.

En cuanto al segundo término, que es el día de la muerte del menor, ha sido agregado por nuestro Código para salvar las cuestiones que ocurrían en derecho francés, á consecuencia del silencio del art. 475, que sólo hablaba de la mayor edad; pero habría sido preferible adoptar la forma de Goyena, que hace extinguir la acción á los diez años de *acabada* la tutela, comprendiendo la emancipación, la mayor edad y la muerte.

Nuestro artículo no decide la cuestión, á saber: si la prescripción se suspendería cuando el menor dejase herederos menores; y aunque algunos autores argentinos sostengan como incontrovertido que, «en tal caso corre contra los herederos menores del pupilo», citando en apoyo el art. 3967, que dice: «la prescripción de la acción del menor *llegado á la mayor edad*, contra su tutor, por los hechos de la tutela, corre, en caso



acabada la tutela antes de la rendición de cuentas, hubiese hecho el menor con el tutor (art. 4025, últ. parte); porque tales arreglos no deben alterar disposiciones de orden público.

de su muerte, contra sus herederos menores»; sin embargo, no creo probable esa opinión, porque como se ve, el artículo sólo es aplicable a los menores que han llegado a la mayor edad. Si estudiamos la cuestión teniendo presente los que han fallecido en la menor edad, y tratamos de averiguar, si la prescripción se suspenderá cuando el menor ha dejado herederos menores ó incapaces, veremos que presenta muy serias objeciones.

En mi opinión, se deben seguir las reglas generales que rigen la prescripción, pues no hay razón para hacer una excepción donde la ley no la ha hecho; además, habiendo resuelto que la prescripción corriera desde la mayor edad, aunque el menor ya mayor hubiere dejado herederos menores ó incapaces, tratándose de los hechos de la tutela, y guardado silencio en los casos en que el menor dejare herederos incapaces, debemos suponer razonablemente que, estas hipótesis se regirán por las reglas comunes. Así, cuando un menor hubiere fallecido dejando herederos mayores, la prescripción de la acción para reclamar de la administración correrá desde el fallecimiento; este es el caso del artículo; pero si al llegar a la mayor edad se incapacita, y el mismo tutor continúa con la guarda, como es de suponer, no hay razón para que la prescripción comience a correr, pues no ha terminado la administración; si suponemos que ha cesado en la tutela, no hay razón para que la prescripción corra desde que la incapacidad es una causa de suspensión, y no está comprendida en los arts. 3967 á 3969, en que la prescripción debe correr aun contra los menores. Así, pues, cuando el menor bajo tutela hubiere fallecido dejando herederos menores ó incapaces, la prescripción sólo comenzará a correr desde que hayan llegado a la mayor edad sus herederos ó recobrado la capacidad, porque la suspensión es la regla en este caso. Es necesario recordar que los principios enseñados en este artículo sólo comprenden los casos de la administración de la tutela.

La última parte del artículo se refiere a la convención entre el tutor y el pupilo ya mayor, antes de la rendición de cuentas; pero como el art. 465 sólo prohíbe hacer convenios sobre la administración de la tutela, hasta pasado un mes de la rendición de cuentas, debemos reducirlo a esta clase de convenios que son nulos y no producen efecto, si fueron hechos antes del mes de la rendición de cuentas; pero serán perfectamente válidos los verificados después del mes de la rendición. El artículo dice, que semejante convenio no interrumpirá la prescripción de

Finalmente, la acción del usufructuario para entrar en el goce del usufructo, se prescribe por diez años por el propietario de la cosa, sin necesidad de título y buena fe (art. 4026); porque tiene

diez años, y es necesario que determinemos como obrará: si el tutor es quien tiene que reclamar del pupilo los gastos de la administración ó los saldos que tuviere en su favor, y sin rendir cuenta hubiera hecho un arreglo con el pupilo ya mayor, como ese convenio sería nulo por haberse ejecutado contra la prohibición del art. 465, la prescripción que podría alegar el pupilo contra el tutor, en el caso del artículo que estudiamos, no se interrumpiría; del mismo modo, si el pupilo tuviera saldos contra el tutor, el convenio realizado en las mismas condiciones no impediría la prescripción de diez años para libertarlo de cualquier reclamación proveniente de la administración. — Comp. DEMANTE, II, 239, *bis*, IV, DURANTON, XII, 548 y XXI, 291 y 292. TOULLIER, VII, 617. MERLIN. *Rep.* V.º *Rescisión*, n.º 5, *bis*.—Véanse arts. 465, 3966, 3967, 3973 y 4023.

(Art. 4026.) El artículo habla del modo como se pierde el usufructo adquirido por contrato ó por disposición de última voluntad; es cierto que al perderlo el que tenía derecho para usar y gozar de la cosa, lo adquiere el nudo propietario, de modo que se confunde la adquisición de éste con la pérdida de la acción del usufructuario para reclamarlo; por esa razón nos separamos de la doctrina sostenida en el artículo anterior, y además porque hay una disposición expresa como la del art. 2924, que dice: el usufructo se pierde por el no uso durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y necesariamente debemos aplicarla al artículo que estudiamos, porque se refiere al mismo derecho.

Algunos autores creen que se trata de dos acciones distintas de prescripción, la una que se refiere á la pérdida del derecho real adquirido, y al que se aplicaría la disposición del art. 2924 que lo hace perder por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y la otra de que habla este artículo, referente á la acción que se perdería por la prescripción de diez años, sea entre presentes ó ausentes; pero es un error, á mi juicio. Se trata de las relaciones de derecho entre el usufructuario y el nudo propietario. Si suponemos al usufructo proveniente de un contrato, la resolución es más sencilla, porque se trata de una obligación que se reclama por una acción personal como cualquier otra acreencia, y necesariamente está sujeta á la regla de las prescripciones ordinarias del art. 4023; si es por testamento, el art. 2820 hace que el usufructuario adquiera el usufructo por la muerte del testador, de modo que en uno y otro caso el usufructo se pierde por diez y veinte años. En cuanto á la





la posesión y goce de la cosa, y es propietario de ella, no necesita la buena fe, desde que como dueño la posee hasta que se la reclama.

acción para reclamarlo, sólo puede comprender el usufructo que se adquiere por contrato que necesita de la tradición, y si éste se funda en una acción personal que se extingue por la prescripción de diez y veinte años, quiere decir entonces que la acción del usufructuario para pedir la posesión de la cosa, se extinguirá como las demás acciones personales, por diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Téngase en cuenta que el artículo trata de un modo de consolidación de la nuda propiedad con el usufructo, y por esa razón no exige título y buena fe para que el nudo propietario se liberte de la obligación, es más bien una prescripción liberatoria y no una usucapión que necesitaría título para la adquisición; por eso el propietario se libera de entregar el usufructo por el término que la obligación se extingue, consolidándolo con la nuda propiedad. Cuando el usufructuario ha estado en posesión de la cosa y la ha abandonado por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, ha perdido el derecho por el no uso, según el art. 2924, y cuando ese derecho se lo confería un contrato, la acción para demandarlo, como otra cualquiera personal, se extingue lo mismo por diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Aquí no se puede aplicar la regla del artículo anterior, porque no hay una obligación impuesta por la ley, cuyas responsabilidades debe hacer cesar, para liberrar al tutor de la carga impuesta, y el silencio de la ley se debe interpretar en su favor; pero cuando la obligación nace de un contrato, como en el caso del artículo, se rige por las reglas generales de la prescripción extintiva.

Y en la nota del Dr. Velez-Sarsfield se da la razón, cuando dice: «otra cosa sería cuando un tercero pretenda adquirir el usufructo; entonces regirán las reglas de la prescripción para adquirir», expresando así, que la prescripción establecida en este artículo, es la liberatoria ó extintiva, y no la adquisitiva, para la que se necesitaría título y buena fe, si se tratase de adquirirla por diez ó veinte años. En la nota se cita á Zachariæ, § 311, nota 16, donde este autor dice: «se trata aquí de la prescripción extintiva del derecho de usufructo, y no de la prescripción adquisitiva de este derecho por otra persona.... Se sigue de aquí, que la prescripción adquisitiva por un tercero, del usufructo que pertenece á otro, queda sometido á las reglas ordinarias sobre la prescripción, y por consiguiente, este usufructo puede adquirirse contra el usufructuario, no solamente por la prescripción de treinta años, sino aun por la prescripción de diez y veinte años, en provecho de un tercero detentador con

me el usufructuario; este es un medio de consolidar el usufructo con la propiedad.

§ 1092. — DE LA PRESCRIPCIÓN DE CINCO Y CUATRO AÑOS

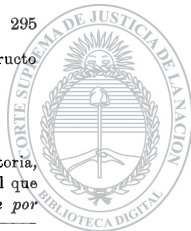
Téngase presente que tratamos de la prescripción liberatoria, en que la acción se extingue por la inacción ó el silencio del que ejerce el derecho; por eso dice el **art. 4027**: *se prescribe por*

título y buena fe.» Lo que prueba la tesis que hemos sostenido al principio de este comentario. — Comp. DEMOLMBE, X, 740. MARCADÉ, II, pág. 525. — Véanse arts. 2820 y 2924.

(**Art. 4027.**) Todas las prescripciones especiales de que se ocupa el Cód. Civil, que tienen su base en obligaciones personales, están sometidas á las reglas generales de suspensión y de interrupción de los arts. 3966 y sig., y 3984 y sig. Así, la prescripción no correrá contra los menores ó incapaces bajo curatela, y se interrumpirá por la demanda, reconocimiento de la deuda, ó por sujetar la cuestión á árbitros; pero si bien está sometida á estos principios generales que rigen para toda clase de prescripción, sería un error aplicar la regla del art. 4023, donde se establece los diez y veinte años entre presentes y ausentes para las obligaciones personales; porque precisamente el legislador ha querido someter á otra regla las obligaciones especiales de este artículo y las que le siguen, por la peculiaridad de cada una de las obligaciones; para formar una regla general de un principio especial, habría sido necesario que se hubiera dicho: en toda obligación personal se contarán dos años de ausencia por uno de presencia ó algo semejante; pero cuando se dice, toda obligación personal se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y en seguida se señala las obligaciones que se prescriben por cinco, cuatro, dos y un año, sin expresar que se contarán los años de ausencia como dobles por los de presencia, no hay razón para aplicar aquella regla á las prescripciones especiales.

La prescripción de cinco años se aplica únicamente á los intereses de las cantidades determinadas y líquidas que deban pagarse anualmente ó por plazos periódicos; porque mientras no se haya determinado la cantidad debida, no se puede saber los intereses que deben pagarse,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4026. — Véase la nota al art. 2958, y Zachariæ, § 311, nota 16; pero otra cosa será cuando un tercero pretenda adquirir el usufructo: entonces regirán las reglas de la prescripción para adquirir, como que el usufructo es una desmembración de un derecho real.





cinco años la obligación de pagar los atrasos; porque la obligación misma no se prescribe; van perdiéndose sucesivamente los derechos que la ley confiere á medida que cada uno llega al tiempo marcado por la ley. Así, por ejemplo, se prescriben por cinco años los atrasos de *pensiones alimenticias* (**art. 4027, n° 1°**), en

y está sujeta á la acción principal. Así, los intereses de las sumas debidas por razón de una cuenta corriente no se prescriben por cinco años sino desde que se haya aceptado y arreglado la cuenta.

Los cinco años deben contarse desde el día del último vencimiento anual; porque desde entonces la obligación pudo ser exigida; así, cuando la demanda se hubiera deducido á los cinco años y medio, el demandado podría alegar la prescripción del primer año corrido.

Si la prescripción de cinco años se hubiera interrumpido por la demanda, esa interrupción, que sólo está destinada á borrar el tiempo transcurrido, no tiene efecto para transformar la obligación, haciendo que en adelante la prescripción se rija por las acciones personales; porque la interrupción no cambia la obligación, hace desaparecer el tiempo corrido y la restituye al primitivo estado, sin alterarla.

Por regla general, la prescripción se suspende contra los menores ó incapaces bajo curatela, salvo los casos de los arts. 3967 y 3968, en que corre contra los herederos menores del pupilo por los actos de la tutela, y de las acciones de nulidad contra los actos jurídicos comenzada contra un mayor, que corre contra los herederos menores.

Es entendido que la prescripción de cinco años sólo se aplica á las sumas que deban pagarse por años ó plazos periódicos; pero cuando se trata de una acreencia que produce intereses, sólo éstos se prescriben por ese tiempo; más la obligación principal se encuentra sujeta á la regla del art. 4023, y se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Esta prescripción de cinco años no tiene razón de ser entre nosotros, como en la legislación francesa, que venía desde el año 1510, fundada en una ordenanza de Luis XII. La revolución francesa, por ley de Agosto 20, de 1792, la aplicó á los censos y rentas. — Comp. DURANTON, XXI, 430, TROPLONG, II, 1003.

(**Art. 4027, n° 1.**) Las pensiones alimenticias se prescriben por cinco años, aunque se hubieran variado en cantidad cada año, ó se pagarán por mes. ¿Por qué razón se someten á cinco años estas obligaciones per-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4027. — Cód. Francés, art. 2277 - Hollandés, 2012 - Napolitano, 2183.

cualquier forma que se paguen; pero la pensión continúa debiéndose; lo que el legislador prohíbe es la acumulación de pensiones.

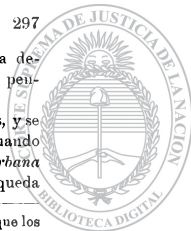
Del mismo modo no se permiten acumular los arriendos, y se ha dispuesto que los atrasos se prescriban por cinco años cuando son *del importe de los arriendos, bien sea la finca rústica ó urbana* (art. 4027, n° 2); de modo que el alquiler de cinco años queda

sonales, que debían extinguirse como las demás? Se podría decir, que los alimentos son deudas privilegiadas, y el legislador debía favorecer al alimentado acordándole una acción puramente personal, que se prescribiera como las demás de su clase; pero teniendo presente que si el alimentado no la ha reclamado durante tanto tiempo, es porque no la ha necesitado, y también porque no se deben acumular, haciendo muy onerosa la obligación, se ha señalado ese corto término, lo que se justifica perfectamente.

Los cinco años correrán desde que los alimentos pudieran demandarse hasta el momento en que se entabla la acción ante la justicia.

Bigot Préameneu, en la exposición de motivos ante el cuerpo legislativo francés, da las razones de esta prescripción de cinco años: «no se funda solamente en una presunción de pago, sino que es más bien sobre una consideración de orden público enunciada en la ordenanza de Luis XII, de 1510; se ha querido impedir que los deudores no fueran reducidos á la pobreza por la acumulación de rentas impagas». — Comp. LOCRÉ, XVI, pág. 585, n° 42. GOYENA, art. 1971.

(Art. 4027, n° 2.) Esta prescripción se justifica por la naturaleza de las cosas, en que el propietario de un inmueble no debe dejar acumular el pago de los alquileres; pues de otro modo reduciría á la miseria á los inquilinos. Por mi parte creo más acertada la disposición del art. 2503, Cód. de Luisiana, que la reduce á tres años. ¿Por qué acordarle mayor tiempo? Se debe tener presente que cada mensualidad ó plazo acordado para el pago de los alquileres, es una deuda separada, y la prescripción corre desde que el pago se hace exigible; así, en los arrendamientos que deben pagarse mensualmente, comienza á correr desde el vencimiento del primer plazo, y habrá tantas prescripciones como plazos vencidos; por consiguiente, en una deuda de alquileres mensuales, si se debieran seis años, la demanda no podría abrazar el primer año, cuyas doce mensualidades primeras estarían prescriptas. Esta disposición está fundada en una ordenanza francesa de 1629, y el Cód. Napoleón, la incorporó en su art. 2277.—Comp. TROPLONG, II, 1005. GOYENA, art. 1971, n° 2.



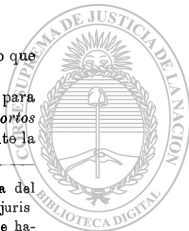
prescripto, pero no los otros, ni los que continuaren, pues lo que se pierde es el alquiler atrasado.

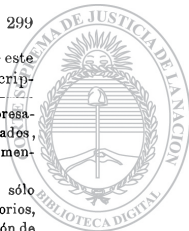
Finalmente, ha señalado también el plazo de cinco años para *todo lo que debe pagarse por años, ó plazos periódicos mas cortos* (art. 4027, n° 3). En el comentario se estudia extensamente la

(Art. 4027, n° 3.) La redacción del presente inciso, tomada del Cód. Francés, ha sido vivamente criticada, y con razón, por los juris consultos franceses; esta parte es oscura y equívoca; porque viene hablando de la prescripción de las pensiones alimenticias y de los arriendos, y en seguida, sin transición alguna, concluye con una regla general que dice demasiado, porque se refiere á todo lo que debe pagarse por años ó plazos periódicos. Lo natural es pensar que el inciso ha querido referirse á los intereses de los capitales y no á estos mismos, por el solo hecho de pagarse por períodos determinados. Así, por ejemplo, he prestado una suma de veinte mil pesos para que se me devuelva en cinco años pagándome cuatro mil pesos anuales, ó en veinte mensualidades; la obligación personal, aunque está dividida en períodos iguales, no pierde por esa razón su carácter especial, y se prescribirá como las demás de su especie, por diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Lo que ocurre diariamente, entre nosotros, respecto á la venta de lotes de terrenos pagaderos por mensualidades periódicas; la prescripción para cada mensualidad es de diez años entre presentes y no de cinco, y comienza á correr desde el vencimiento; porque se trata de capitales; pero si esas mensualidades llevaran intereses, éstos se prescribirían por cinco años. No es, pues, á la periodicidad del pago que se debe atender para aplicar la prescripción de cinco años, ni tampoco á la igualdad de las cuotas que deben pagarse, sino al interés ó renta de los capitales ó alquileres que la cosa produzca. Así, cuando se ha convenido un interés variable cada año, de modo que las sumas debidas por ese concepto fueran diferentes, eso no alteraría en lo más mínimo la prescripción de cinco años que debe aplicarse á los intereses. De modo que la expresión usada por el artículo, *de todo lo que debe pagarse por año ó plazos periódicos*, se aplica á los intereses, rentas, alquileres, pensiones alimenticias, etcétera; pero no á los capitales que sólo se prescriben por diez ó veinte años.

Para no incurrir en error al aplicar esta parte del artículo, que pudo ser más clara, con agregar las palabras: por intereses ó rentas, debe tenerse presente que no es una prescripción de capitales, y por consiguiente deberá aplicarse á todo trabajo que se pague mensualmente ó





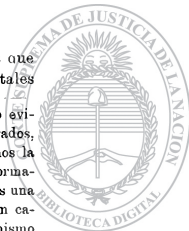
cuestión que ha suscitado la ambigüedad de los términos de este inciso, decidiéndose por la opinión que sostiene que la prescrip-

por año, siempre que no tuviera una prescripción determinada expresamente, como sucedería con el sueldo de los dependientes ó empleados, así como á los maestros de ciencias y artes que no fueran pagados mensualmente, que se rigen por la disposición del art. 4035, n° 3.

Nosotros hemos dado como cierto que el inciso que estudiamos sólo comprende los intereses ó rentas de los capitales, aun los moratorios, cuando en derecho francés es una cuestión que ha dividido la opinión de los juriconsultos y de los tribunales; así, dice Troplong, II, 1013: «decía en el n° 1011, que nuestro §, después de haber ido demasiado lejos, concluía por no decir bastante, y que el defecto de precisión que se hace notar en su redacción ha dado lugar á largos debates que hubiera sido fácil prevenir con una sola palabra. En efecto, es menos completo que el art. 150 de la ordenanza de 1629; no habla tan claro como lo hacía esa célebre ordenanza de los intereses *moratorios*, de esos intereses que no son el producto de una suma prestada... De ahí la gran cuestión á saber: si bajo el Código Napoleón esos intereses se prescriben por cinco años. ¿El art. 2277 ha entendido dejarlos bajo el imperio del derecho común? ¿Ó bien ha querido imitar el espíritu lógico de la ordenanza de 1629 y restringirlos por la prescripción de cinco años, á fin de no recargar con intereses ruinosos al deudor?...» Esta última opinión ha sido defendida por autoridades como Merlin, Persil, Dupin, Vazeille y adoptada por varias Cortes francesas y la de Casación; pero la opinión contraria de que sólo se prescribe por treinta años ha sido sostenida por Proudhon, Raver y también por varias Cortes francesas.

Entre nosotros la dificultad subsiste, porque se trata de intereses moratorios que no habían sido pactados, y se cobran en virtud de la demanda y como una consecuencia de ella. ¿Están sujetos á la prescripción de diez y veinte años, como la deuda principal, ó por cinco años? Los intereses moratorios, aunque no hayan sido pactados, se deben pagar mensualmente, regulándose por los que cobra el Banco de la Nación Argentina, luego quedan sujetos á lo prescripto en este artículo. Esta opinión tiene el apoyo de las más grandes autoridades.

Y por las razones apuntadas soy de opinión contraria á los que sostienen, entre nosotros, que los legados anuales deben prescribirse por cinco años, en vez de regirse por la prescripción ordinaria de diez y veinte años. Así, cuando se ha legado una suma de veinte mil pesos para que sea pagada por anualidades de mil pesos, se reputa que hay tantos legados como anualidades, y si esto no puede negarse, pues expresamente



ción de cinco años no se aplica sino á los intereses ó rentas que se cobran mensual ó anualmente, y que no rije para los capitales

lo dice el art. 3794, ¿por qué se convertiría en una renta, cuando evidentemente es el pago de un capital? Si en vez de ser veinte legados, fuera uno sólo pagadero al año, ¿se prescribiría acaso por cinco años la obligación de pagarlo? No, evidentemente! ¿Y por qué se transformaría cuando fueran varios los plazos? El legado en este caso no es una pensión, ni una renta, ni son intereses de cantidades debidas, es un capital dejado para que se entregue en diversas épocas. Está en el mismo caso del que vende una casa por veinte mil pesos, pagaderos en veinte mensualidades de á mil pesos; son obligaciones personales, que se prescriben por diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Otra cosa sucedería si el testador dejase el legado como una pensión alimenticia para que se pagase por mensualidades ó anualidades, porque la voluntad expresamente manifestada debe prevalecer, y en ese caso como pensión debe prescribir cada mensualidad ó anualidad vencida á los cinco años desde que se hizo exigible.

Si el legado es de cantidad determinada para satisfacerla en tiempos establecidos, como en cada año, caso del art. 3793, la prescripción de diez ó veinte años comienza para el primer término desde la muerte del testador, y continúa para los demás en cada uno de los términos designados; la anualidad no cambia la naturaleza del legado. Así, por ejemplo, si dijera el testador, lego á Alberto veinte mil pesos que le serán pagados por mi heredero, en esta forma: dos mil pesos al año de mi fallecimiento, cuatro mil en el segundo año, seis mil en el tercero y ocho mil en el cuarto año, sería evidente que cada vencimiento daría lugar á una prescripción de diez y veinte años, porque el testador no ha querido constituir una pensión, y sí sólo facilitar á su heredero el modo de cumplir con la obligación impuesta. Sería hacer una pésima aplicación de las palabras, *de todo lo que deba pagarse por años*, si sujetáramos á esa regla las obligaciones que deban pagarse por años ó períodos menores, convirtiéndolas en la clase de las pensiones alimenticias ó de arriendo.

Citaremos en esta interesante materia, las conclusiones á que llegan Aubry y Rau, § 774, letra c, y que son de perfecta aplicación en nuestro derecho: «resulta de ahí (dicen), que el deudor de semejantes prestaciones, puede, aun después de haber reconocido que no han sido pagadas durante cierto tiempo, rechazar, por la prescripción de cinco años, la demanda de pago de esas prestaciones, á menos que al hacer esa confesión, hubiera prometido pagarlas. La disposición del art. 2277 puede ser invocada por todo deudor sin distinción; ella puede ser invocada por

que se deban pagar periódicamente; porque eso sería alterar por su base la disposición del art. 4023.

Se prescribe por cuatro años, la acción de los herederos para pedir la reducción de la porción asignada á uno de los partícipes, cuando éste, por la partición hecha por los padres, hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al ascendiente (art. 4028); teniendo en cuenta que es un caso especial,

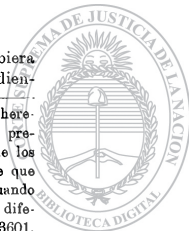
el Estado, por ejemplo, en cuanto á los intereses de las fianzas de los funcionarios públicos y oficiales ministeriales, y en cuanto á las rentas ó pensiones que devengan los miembros de la Legión de honor y por la medalla militar. Ella se aplica á los intereses de toda acreencia, cuya cuota se encuentre determinada, cualquiera que sea la naturaleza de esa acreencia; poco importa que se trate de intereses debidos en virtud de una convención, de la ley ó de un juicio».

Entre nosotros se ha promovido la cuestión sobre el pago de la contribución territorial que se hace anualmente, y aunque los tribunales interpretaron uniformemente la ley, aplicando la prescripción de cinco años, posteriormente una de las Cámaras de Apelación de la Capital decidió lo contrario fundándose en que la contribución, aunque anual, no era uniforme ó podía no serlo, desde que el Congreso tenía la obligación de revisarla cada año; pero la buena teoría triunfó, pues la misma ley de contribución territorial, en su art. 26, declaró que la acción para demandar el impuesto se prescribía por cinco años, á contar desde que la obligación se hubiera hecho exigible.—Comp. CÓD. FRANCÉS, art. 2277. GOYENA, 1971, n° 3. LAURENT, XXXII, 444 y sig. — Véanse arts. 746, 3793 y 3794.

(Art. 4028.) Se trata de una acción especial concedida al heredero perjudicado para pedir la reducción de la porción asignada á uno de los coherederos que hubiese recibido un excedente de la porción disponible, en los casos de partición hecha por los padres.

Es sabido que el Código autoriza á los ascendientes á hacer la división de sus bienes, sea por donación, entregando á sus herederos los bienes que tuviere, sea por testamento; pues bien, en cualquiera de estas dos hipótesis, el heredero perjudicado puede pedir, después de la muerte de su causante, la reducción de la porción asignada á uno de sus coherederos favorecido. Esta acción es especial, y sólo puede intentarse contra el heredero beneficiado, al único efecto de reducir la legítima, y ponerlo en las condiciones de la ley, cuando hubiera sido mejorado excediendo la porción disponible. Se diferencia de la acción de nulidad





y que la acción sólo se prescribirá cuando el ascendiente hubiera hecho la partición, ya sea entregando en vida á sus descendien-

acordada por los arts. 3528 y 3529, en que, según estos artículos, el heredero tiene derecho para dejar sin efecto la partición, mientras el presente la confirma, pidiendo la reducción de la legítima de uno de los herederos. Se diferencia, igualmente, de la acción de rescisión, de que habla el art. 3536, porque la rescisión ataca la partición misma, cuando no se salva la legítima de alguno de los herederos; finalmente, se diferencia de la acción de reducción, concedida por los arts. 3600 y 3601, cuando por un testamento cualquiera se dejase á uno de los herederos forzosos menos de la legítima, en que puede pedir su complemento. La acción de reducción que se prescribe por cuatro años, es en el caso especial de la *partición hecha por los padres*, como lo dice expresamente el artículo que estudiamos.

En el comentario á los arts. 3536 y 3537, tomo 9, págs. 236 á 240, trato extensamente este punto.

¿Desde qué tiempo se cuentan los cuatro años? Teniendo presente que se trata de una partición hecha por los padres, se debe contar desde la muerte de éstos, pues antes no es permitido atacarla, ni habría posibilidad de demostrar que ha excedido de su porción disponible, si no se sabe cuanto dejará al morir. Si se tratase de un testamento desconocido, como algunos lo suponen, entonces no habría división hecha, ni tendría que reducirse la legítima de alguno de los herederos forzosos, desde que se habría realizado la división en las condiciones ordinarias que el testamento ignorado vendría á alterar; en ese caso, obedeciendo á la voluntad del testador, se haría la división, que podría atacarse dentro del término señalado por este artículo.

A continuación de este artículo debían colocarse las acciones que se prescriben por tres años, como es la que pueden deducir los acreedores de una sucesión que no han sido pagados, contra los legatarios que han recibido los legados, de que nos habla el art. 3398 y la del acreedor prendario que ha sido desposeído de la prenda que puede reivindicarla á los tres años, según el art. 3890.

Es un error sostener que la prescripción de este artículo sólo principia á correr desde que se hace la división, porque si ésta se ha hecho por donación, es evidente que no puede atacarse mientras viva el causante; sólo á su fallecimiento se sabrá si uno de los herederos ha sido mejorado, disponiendo el testador de mayor porción de la que le correspondía. La proposición sería cierta cuando se tratase de la división por testamento, porque mientras no se haya hecho, no habrá perjuicio para los

tes dividiendo los bienes por donaciones, ya hiciera la división en su testamento asignando á algunos mayor porción, cuando excediera de la disponible.

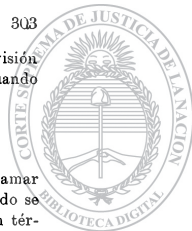
§ 1093. — DE LA PRESCRIPCIÓN DE DOS AÑOS

Hemos dicho que era imprescriptible la acción para reclamar el estado de familia, ejercido por el hijo misino; pero cuando se trata del reconocimiento hecho por el padre, la ley pone un término á la acción, porque ha desaparecido la razón de la perpetuidad, desde que ha encontrado padre, por eso dice el **art. 4029**:

demás herederos, y no tendrían obligación de atacar al favorecido, desde que aun no ha recibido bienes. El art. 3537 habla del caso en que el heredero hubiese *recibido* un excedente de lo que la ley permite disponer al testador.—Véanse arts. 1838, 3398, 3537, 3600, 3601, 3890 y 3953.

(**Art. 4029.**) Se trata de un reconocimiento hecho por los padres durante la menor edad, y que viene á quedar irrevocable para el hijo reconocido á los dos años de su mayor edad. Es, pues, un reconocimiento hecho con las formalidades de la ley, que no puede ser atacado por ese lado; pero si hubiera sido hecho por violencia, dolo, error, etc., puede ser rechazado como cualquier acto jurídico dentro de los dos años en que cesó la violencia ó se conoció el error; la prescripción del presente artículo no puede comprender esa hipótesis; así, pues, quedan excluidos esos casos como sujetos á la regla general que rige para los actos jurídicos ejecutados con los vicios del consentimiento. ¿A qué quedaría reducido entonces el presente artículo? Se trata de un reconocimiento del padre ó de la madre en favor de sus hijos naturales, éstos pueden no aceptarlo, llegando á la mayor edad, y tienen el plazo de dos años para ejercer esta acción, rechazando el reconocimiento.

Téngase presente que son los hijos los que tienen esta acción imprescriptible para demandar su filiación, los padres no pueden litigar obligando al hijo á que los reconozca por tales; bastará la negativa de éstos para que el reconocimiento no tenga lugar, y este derecho es el que pierden por la prescripción de dos años. Pero algunos dicen: si el derecho de los hijos para reclamar su estado de familia es imprescriptible, ¿cómo esta disposición vendría á limitarlo? De donde deducen que, una ley que obligase á aceptar una falsa filiación sería una ley absurda! Pero también lo sería la ley que permitiera á los hijos reconocidos que han



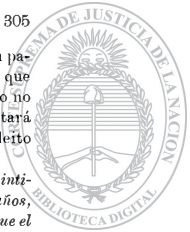


la acción del hijo reconocido por el que se dice su padre, contra el reconocimiento hecho, se prescribe por dos años desde que el hijo llega á la mayor edad, y una vez que ha pasado ese tiempo no

aceptado una filiación, el lanzarse á los tribunales para reclamar una nueva filiación contraria á la aceptada, y hacer tantos pleitos cuantas veces se les ocurriera alegar que se han equivocado ó engañado. El derecho imprescriptible del hijo para reclamar su filiación buscando un padre ó una madre, lo convertiríamos en una amenaza perpetua contra la sociedad, la que se vería perturbada por estos caballeros, que teniendo un padre que los ha reconocido, buscarían otro más rico y en mejor posición social, convirtiendo una ley de protección en una arma de explotación. No! El hijo reconocido que ha aceptado la filiación siendo mayor de edad, no debe ser autorizado á buscar una nueva bajo el pretexto de que ha existido una equivocación, y si ese reconocimiento se hubiera efectuado durante su menor edad, tiene acción para rechazarlo dentro de los dos años de haber llegado á la mayor edad. Se dice: eso sería sancionar una falsedad desde que el hijo pudiera demostrar que la persona que lo reconoció no era su padre; pero cuando se trata de la familia, estos derechos tienen un límite. Así, por ejemplo, el hijo nacido dentro de matrimonio, que pudiera demostrar que el marido de su madre ha estado ausente durante los diez meses de su concepción, sin que el padre haya reclamado dentro de los dos meses de conocer el nacimiento, sería hijo legítimo y no podría intentar acción alguna para probar esa falsedad. ¿No sería escandaloso autorizarlo para hacer semejante demostración?

Después de todo, lo que la ley declara imprescriptible es la acción relativa á la reclamación de estado ejercida por el hijo mismo; pero cuando hay una filiación, un estado de familia aceptado y reconocido, su derecho ha desaparecido. Creo, pues, que el hijo mayor de edad que ha aceptado el reconocimiento hecho por una persona que se dice su padre, no puede contradecirlo después, buscando un nuevo padre, á menos de alegar que la aceptación se obtuvo por violencia, dolo, etc., y esa acción sólo duraría dos años desde que cesó la violencia, el error, etc., y cuando se hizo el reconocimiento durante la menor edad, tiene dos años para rechazarlo, llegando á la mayor edad; si no lo hiciere, su estado queda irrevocable.

Así, pues, la acción para reclamar el estado de una persona es imprescriptible mientras no tenga familia que lo haya reconocido; pero cuando ese reconocimiento se ha hecho y aceptado voluntariamente, ó ha sido declarado por una sentencia firme, el hijo, así reconocido, no puede venir á nombre de una acción imprescriptible á reclamar un nuevo es-



puede intentar nueva acción para demostrar que no es ese su padre sino otro. La ley le concede una acción perpetua para que busque una familia; una vez que la ha encontrado y aceptado no puede rechazarla. Contra el reconocimiento del padre le bastará desecharlo para que no tenga efecto; no tiene necesidad de pleito alguno.

La acción de nulidad de los actos jurídicos, por violencia, intimidación, dolo, error ó falsa causa, se prescribe por dos años, desde que la violencia ó intimidación hubiese cesado, y desde que el error, el dolo ó falsa causa fuese conocida (art. 4030); cuando la

tado. El derecho es para el que no tiene familia, desde que la ha encontrado y aceptado, desaparece por completo.

¿Pero qué diríamos cuando dos padres reconocieran al mismo hijo y reclamaran en juicio el reconocimiento? Hemos estudiado este caso en el art. 335, y nos remitimos á él. Si el hijo es mayor de edad, debe intervenir en el juicio, y la sentencia firme que se dictare, hará cosa juzgada en su contra; si no ha tenido intervención, podrá reclamarla dentro de los dos años.

Es necesario tener presente que el reconocimiento voluntario es un acto jurídico irrevocable, si ha sido aceptado por el reconocido mayor de edad, y sólo puede ser atacado por vicios en el consentimiento; cuando no hubiera intervenido el reconocido, puede rechazarlo dentro de los dos años en que tuvo conocimiento del hecho.

La prescripción de los dos años comienza desde que el reconocido ha tenido conocimiento del hecho, y aunque el artículo dice, la acción se prescribe por dos años desde que el hijo reconocido llega á la mayor edad, es porque lo supone conociendo á su padre, que probablemente lo ha tenido bajo su potestad, ó lo ha atendido en su educación, porque no se reconoce á un hijo para abandonarlo. Si el hijo ignorase el reconocimiento por haberse hecho ocultamente con un interés de lucro, los dos años para la prescripción correrían sólo desde el momento en que tuvo conocimiento.

¿Pueden los padres desconocer á un hijo reconocido por ellos? Como acto jurídico está sujeto á las formalidades exigidas para éstos, así como á las condiciones respecto del consentimiento; si por ejemplo, hubo violencia, dolo, etc., podría reclamar el acto hasta los dos años en que cesó la violencia ó el fraude fué conocido.— Véanse arts. 259, 261, 262, 320, 335 y 4019 n° 2.

(Art. 4030.) El artículo habla de los actos jurídicos ejecutados con vicios en el consentimiento, y concede la acción para atacarlos, á los

acción de nulidad se alegare antes de los dos años, el demandante debe probar la causa que anula el acto; si por el contrario, se de-

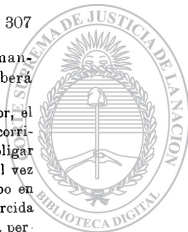
mismos que los ejecutaron, ó á los herederos en su caso. Para usar de la acción concedida, es necesario que el ejecutor pueda alegar un vicio en el consentimiento de aquellos que anulan el acto, como el error, dolo, fraude, violencia, de que nos habla el art. 954, á los que debemos agregar, la falsa causa que contiene el artículo. Pero el modo como debe contarse el tiempo para que la acción se considere prescripta, variará según sea la causa que produce la nulidad. Así, por ejemplo, si se tratase de una venta llevada á efecto, sin que el comprador hubiera ejercido la menor presión sobre el vendedor, se anularía, si éste demostrase que había sido víctima de una violencia, y el tiempo para reclamar del acto comenzaría á correr desde que ésta cesó, debiendo demostrar el demandante el acto de la violencia. A este respecto, la discusión se limitaría á examinar la violencia, y si ella ha sido bastante enérgica para obligar á ejecutar el acto, así como si hubieren pasado los dos años para la prescripción señalada en este artículo para reclamarla, deberá probar el demandante que está dentro del término, por no haber cesado la causa que la produjo; lo mismo se observará con la intimidación. El que alega la prescripción para sostener la validez del acto, sólo está obligado á demostrar que han corrido dos ó tres años, y al demandante le corresponde probar que durante ese tiempo la prescripción no ha corrido, porque la violencia ó la intimidación no habían cesado. Si suponemos el mismo contrato, hecho mediante fraude ó dolo, el demandante no sólo está obligado á probar la causa que anula el contrato, sino también que la prescripción no ha corrido, porque recién llega á su conocimiento el fraude ó dolo de que ha sido víctima. Los que sostienen la teoría contraria racionan de este modo: «al que entabla la acción de nulidad, como demandante, le incumbe probar que ha sufrido dolo, error, violencia, etc., y como el demandado se exceptacionará con la prescripción que importa una confirmación tácita del acto anulable, con la cual se hace desaparecer el vicio que el autor ha probado existir en la formación del acto, es natural que á él le corresponda probar que esos vicios han desaparecido por efecto de la prescripción»; pero tal modo de argumentar es algo original; porque quien tiene un medio de defensa para rechazar una acción, le basta alegarlo y probarlo, para que el juez lo acepte; así, el que después de diez años atacase una venta en la que se alegase el error ó la falsa causa para dejarla sin efecto, al demandado le bastaría alegar la prescripción, y el demandante, así como debe probar la existencia del error, deberá demostrar igualmente que el tiempo para la prescripción no se ha cumplido porque ha estado en suspenso.

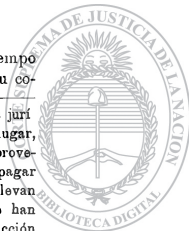


dujera la demanda después de vencidos los dos años, y el demandado se exceptonase con la prescripción, el demandante debería

Dos hechos debe probar con la demanda, la falsa causa, el error, el dolo, etc., y que el tiempo para la prescripción de la acción no ha corrido, porque sólo principia desde que el error fué conocido. ¿Cómo obligar á una persona extraña á que demuestre actos de otra con la que tal vez no le liga vínculo alguno? ¿Cómo probaría el demandado el tiempo en que el demandante conoció el error ó cuando cesó la violencia ejercida por un tercero y que ignora por completo? Sería algo raro que una persona estuviera obligada á probar los actos de otra en los que no ha tenido participación. No; el que alega la prescripción, sólo tiene obligación de demostrar el tiempo trascurrido que viene á cubrir los defectos de su título, al que la rechaza corresponde probar, ó que ha estado suspendida por la menor edad ó por ignorancia de la causa que anulaba el acto, ó porque ha sido interrumpida, destruyendo este medio de defensa. Así, por ejemplo, el que ha poseído durante treinta años un bien raíz como señor y dueño, opone la prescripción sencillamente; pero no está obligado á demostrar que durante ese tiempo no ha existido suspensión ni interrupción de la prescripción, eso corresponde al demandante para destruir la excepción. Lo que se debe probar, por parte del actor, es que el acto es nulo porque hubo error substancial, y la época en que llegó á su conocimiento para rechazar la excepción de prescripción con que el demandado se defiende; porque á la causa de nulidad se opone la prescripción, y para destruirla es necesario que demuestre el demandante que esa prescripción no ha corrido. Larombière, IV, 30, estudiando esta cuestión, dice: «es á la parte que invoca alguna causa de suspensión, tal como el dolo, el error, la violencia, el matrimonio, la interdicción, la menor edad, . . . á la que corresponde la existencia de esa causa, y probar que la prescripción decenal se ha suspendido en su provecho. Desde el momento, en efecto, que la otra parte ha justificado el lapso de diez años á partir del acto, tiene en su favor la presunción de la prescripción adquisitiva; y es á su contrario, que viene á ser demandante en cuanto á su excepción, á quien corresponde probar que la violencia ha cesado, que el dolo y el error han sido descubiertos ó que el matrimonio ha sido disuelto, hace menos de dos años». Porque el demandante afirma dos hechos: que el acto jurídico ha sido nulo por error, dolo, falsa causa, etc., y que la prescripción no ha corrido sino desde que esas causas de nulidad han sido conocidas, y que no hace aun dos años de esto.

Pero hay otra cuestión de grande importancia por las consecuencias que puede traer su aplicación en la práctica, á saber: si trascurridos lo





demostrar además del error, dolo, ó falsa causa, etc., que el tiempo para la prescripción no ha corrido, porque recién llega á su co-

diez y veinte años del art. 4023, la acción de nulidad de los actos jurídicos se encontraría extinguida. Debemos observar en primer lugar, que el art. 4023 habla únicamente de las acciones personales provenientes de *deuda exigible*, comprendiendo las obligaciones de pagar una cantidad de dinero ó de cosas, y no de aquellas que llevan una obligación de hacer ó no hacer, ó de actos concluidos que han producido su efecto, y que sólo pueden reclamarse por la acción que este artículo declara prescripta á los dos años. No es, pues, aplicable aquella regla sino á los actos que producen una obligación de dar, que no ha sido cumplida, y que debe ejecutarse; los actos concluidos, en que la ejecución viciosa puede dar lugar á alguna acción para reclamarlos, no están comprendidos; por el contrario, si esas obligaciones tuvieran algunos de los vicios enunciados en este artículo, como la violencia, el dolo, el fraude, el error, la falsa causa, la simulación, etc., aunque se hubieran vencido los diez ó veinte años de la prescripción ordinaria, podrían alegarse esos vicios demostrando el demandante que la prescripción no ha corrido durante ese tiempo, porque el dolo, el error ó la falsa causa recién ha sido conocida y se encuentra dentro de los dos años para reclamarla. Indudablemente hay un grave peligro en esta conclusión que deja, por decirlo así, en suspenso una reclamación que está pendiente siempre, y que puede aparecer en el momento en que llegue á conocimiento del que sufrió el engaño ó la violencia; por eso convendría hacer cesar esa incertidumbre señalando, por ejemplo, el tiempo de veinte años para que toda acción quede prescripta, aunque haya mala fe, ó hubiere tenido su origen en una falsa causa, en la violencia, etc. Sin embargo, debemos agregar, que cuando se tratase de actos en que se hubiere transmitido una propiedad raíz, ésta se prescribirá por treinta años, sin que dé lugar á la nulidad del contrato por las causas enunciadas; porque en ese caso el poseedor es propietario en virtud de los treinta años de posesión, sin necesidad del título, que pudo ser falso en su origen, y que en nada le perjudica.

Respecto á la cuestión, de averiguar si las nulidades que producen la violencia, el error, el dolo, la falsa causa, etc., son relativas ó absolutas, si son ó no confirmables, nos remitimos á lo dicho en el art. 1047, donde hemos sostenido que los actos nulos, de cualquier naturaleza que sean, pueden confirmarse una vez que haya desaparecido la causa que los anulaba: que no hay nulidad relativa ni absoluta, y que sólo existen actos nulos y anulables; que los actos nulos se consideran como si no hubieran



nocimiento, y por consiguiente que la prescripción recién comienza. Quien alega una causa de suspensión debe probarla.

producido efecto, mientras los anulables, por el contrario, lo producen hasta el momento en que sean reclamados y declarados.

La falsa causa de que habla el artículo, es una causa que no ha existido, y que anula la obligación, pues la deja sin fundamento; pero una vez conocida y pasados los dos años en que pudo reclamar la cosa, queda confirmada ó más bien dicho, el acto queda inatacable; así, pues, es incierto que los actos inexistentes por tener una falsa causa, no sean confirmables ni ratificables, ni prescriptibles, como algunos lo sostienen; porque no hay disposición alguna que así lo establezca, y porque eso sería ir contra el texto mismo del artículo que dice lo contrario, al declarar extinguida la acción por haber pasado el término de dos años desde que se descubrió la falsa causa.

En cuanto á la acción de nulidad de los actos jurídicos, que el artículo declara prescripta á los dos años, se deduce que la excepción para defenderse contra la acción no necesita ser perpetua, como en general lo son todas las excepciones, porque nadie está obligado á obrar contra una persona que nada pretende, y por eso el legislador le concede este medio de defensa permanente para responder en todo momento á la acción que se deduzca.

Cuando el incapaz tuviere derecho para reclamar el acto por causa de su incapacidad, que es distinta de las que establece el artículo, la prescripción ha estado suspendida y sólo principiará á correr contra sus herederos mayores; no la de dos-años, sino la de diez y veinte años con título; pero con relación á la violencia, dolo, error ó falsa causa, será aplicable á los herederos la prescripción de dos años desde que hayan conocido el error ó la falsa causa.

Téngase presente que la regla del artículo que estudiamos se aplicará á todos los actos jurídicos que no tengan una prescripción especial en el Código.—Comp. GOYENA, arts. 1184 y 1185. DEMOLMBE, XXI, 164 y 165. AUBRY y RAU, § 339, texto y notas 6 y 7. LAROMBIÈRE, IV, art. 1304, n^{os} 55 y 66.— Véanse arts. 1045, 3350, 3968 y 4031.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4030. — La acción de nulidad de un acto, fundada en el dolo y falsa causa, se prescribe á los dos años.—XXIV, 473.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 4030. — La prescripción de la acción de nulidad de los actos jurídicos, corre desde que el dolo, el error ó falsa causa fuese conocida, y corresponde al que sostiene la validez



Se prescribe también por dos años, la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas sin la autorización competente; la de los menores de edad y los que estaban bajo curatela (art. 4031, 1ª parte); teniendo en cuenta que en las mujeres casadas mayores de edad, el acto es sólo anulable, porque han manifestado libremente su consentimiento, para lo que tienen capacidad, les falta únicamente una formalidad, la autorización del marido; lo mismo sucede con los menores púberes que contratasen sin la autorización de su tutor; mientras que no están en esas condiciones los impúberes y los dementes bajo curatela que no pueden consentir, y cuyos actos no tienen valor alguno.

Con relación al tiempo en que la prescripción de dos años debe comenzar á correr, el artículo hace distinciones bien marcadas, que nacen de la calidad de las personas que ejecutan el acto, así dice el **art. 4031**, últ. parte: *el tiempo de la prescrip-*

(**Art. 4031.**) El artículo comprende tres clases de personas que hayan producido un acto jurídico, y como la nulidad de ese acto puede ser nulo y anulable, según sean las personas que hayan intervenido, será necesario que estudiemos cada caso separadamente. Así, por ejemplo, la mujer mayor de edad que contrata sin autorización de su marido, produce un acto anulable; mientras el demente declarado tal, que lo hace por sí, solo, ejecuta un acto nulo.

Estudiemos el caso con relación á la mujer casada. La prescripción de los actos celebrados por la mujer casada sin la autorización de su marido está suspendida durante el matrimonio, y sólo comienza á correr desde que se haya disuelto por la muerte ó por sentencia; pero ni la separación de bienes, ni el divorcio harán correr la prescripción. Así, pues, el matrimonio es una causa de suspensión sólo con relación á la mujer; pero no creo, como algunos autores franceses, que lo sea también con respecto al marido, porque nuestro artículo sólo habla de los actos de las mujeres casadas que pueden ser reclamados por éstas, y además porque las causas de suspensión del art. 3970 sólo comprende los actos de los

la prueba de la fecha en que el defraudado tuvo conocimiento del acto.—Jur. Civ., VIII, 523, Ser. 1ª.

La acción de daños y perjuicios provenientes de un cuasi-delito, se prescribe por el transcurso de un año, para los que pueden libremente accionar, pero el término no corre para los menores damnificados por el accidente. — Jur. Civ., VIII, 214, Ser. 3ª.



ción comienza á correr en las primeras (para las mujeres casadas, sin el consentimiento del marido), *desde el día de la disolución*

maridos, ejecutados en perjuicio de sus mujeres, y que éstas no pueden reclamar sin que la acción refleje sobre el marido: pero se suspende también para el marido cuando se tratase de la prescripción entre marido y mujer, con arreglo al art. 3969. Cuando el primer matrimonio se hubiera disuelto y la prescripción comenzare á correr, si la mujer contrajera un nuevo matrimonio, la prescripción comenzada no se suspendería, porque el artículo, al declarar que la prescripción comienza desde la disolución del matrimonio, supone que se trata del matrimonio que ha creado para la mujer la necesidad de la autorización marital, y como ese acto ha tenido lugar durante el primer matrimonio, nada tiene que ver el segundo. Si la autorización fué dada por el marido, la prescripción se encontrará suspendida en el caso del art. 3970, cuando la acción reflejara contra el marido.

Cuando la mujer que ha ejecutado el acto sin la autorización marital, fuera nombrada posteriormente curadora de su marido, esa circunstancia no sería bastante para hacer correr la prescripción, porque el matrimonio no ha cesado por la disolución, como el artículo lo exige. En cuanto á los actos celebrados durante su curatela, que necesitaran la autorización judicial y fueren ejecutados sin ella, la mujer podrá reclamarlos dentro de los dos años de la disolución del matrimonio, porque el artículo que estudiamos concede el derecho de anular «las obligaciones contraídas por las mujeres casadas, *sin la autorización competente*», y en este caso faltaría la judicial.

Cuando la mujer casada que ha celebrado un acto jurídico sin autorización fuera menor de edad, tendría dos causas de suspensión que oponer: 1ª, la menor edad; 2ª, la falta de autorización. Así, pues, la prescripción no comenzará á correr sino desde la disolución del matrimonio, y aunque se hubiera disuelto, la prescripción no comenzará hasta que hubiere cumplido la mayor edad. La falta de autorización marital, no impedirá prescribir la cosa al adquirente de buena fe, cuando la mujer hubiera celebrado el acto diciéndose soltera.

Cuando el marido obrase como heredero de la mujer, estaría en el mismo caso que los demás, y podría deducir las acciones que correspondiesen á su causante en los mismos términos que éste.

En cuanto á los actos ejecutados por los menores de edad, es necesario distinguir, si fueron menores impúberes que no tienen voluntad y no pueden consentir, en que el acto es completamente nulo y sin valor alguno, de aquellos en que, teniendo capacidad para consentir, única-

del matrimonio, y en los segundos (menores é interdictos), desde el día en que llegaron á la mayor edad ó salieron de la curatela;

mente son anulables. Los primeros, como inexistentes, necesitan confirmación expresa, porque se trata de actos que no han producido efecto, mientras que cuando existe discernimiento y voluntad, el acto es válido mientras no sea reclamado, y se admite la confirmación tácita que resulta de haber dejado pasar los dos años de la prescripción sin reclamarlo; es á estos últimos á los que se refiere el artículo que estudiamos; los otros entran en las prescripciones ordinarias. Cuando el acto ha sido ejecutado por el tutor, sin autorización judicial, en los casos en que debe pedirla, rige la regla del artículo, y la acción de nulidad se extingue á los dos años, porque se trata de actos que si bien el menor no ha ejecutado, y pueden serle desconocidos; el artículo no ha hecho distinción, y habla de la acción de nulidad que pueden entablar los menores, cuando lleguen á la mayor edad. En derecho francés no se hace distinción; así dice Larombière, IV, 26: «en cuanto á los actos ejecutados por los menores, el tiempo no corre sino desde la mayor edad. Pero este punto de partida es invariable, sea que se trate de un acto ejecutado por el menor mismo, ó de uno ejecutado por el tutor á nombre del menor. En uno y otro caso la prescripción corre desde la mayor edad, y no desde el día, en que el menor haya adquirido conocimiento del acto contra el que pide la rescisión ó nulidad»; teoría que puede aplicarse á nuestro derecho, porque las palabras de nuestro artículo son las mismas del art. 1304 del Cód. Napoleón. La prescripción no es sólo para los actos ejecutados por el menor, pues nuestro artículo habla de la acción de nulidad que tienen los menores de edad, como los que están bajo curatela, sin hacer distinción entre los ejecutados por los mismos menores y los practicados por sus tutores. La disposición que en el fondo está inspirada en la necesidad de asegurar á los que contratan con los tutores, no consulta la justicia, pues el menor tiene un término demasiado angustioso, como es el de dos años para reclamar de actos que él no ha ejecutado y de los que no ha tenido el tiempo suficiente para conocer. En derecho francés se comprende la disposición, porque el término es de diez años. Así, dice Larombière: «decimos á los diez años de su mayor edad; se podría en efecto pretender, que el término no corre sino desde el día en que el menor ha tenido conocimiento del acto. Esta restricción era propuesta, bajo nuestro antiguo derecho, por muchos juriconsultos. Tal era aun la jurisprudencia del Parlamento de Burdeos, que había consagrado la distinción que acabamos de hacer entre los actos ejecutados por el tutor, no como tutor, y los ejecutados por el *tutorio nomine*. Hemos respondido de



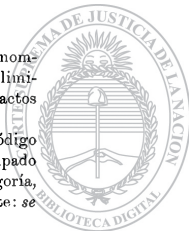


aunque para estos últimos, que no pueden celebrar acto alguno, pues están privados de su razón, no se debe aplicar el artículo antemano á esta pretensión, diciendo, que el menor es igualmente representado por el tutor. Esta primera razón de derecho debiera bastar; pero hay otra poderosa consideración, es que la ley no ha concedido al menor sino diez años á partir desde su mayor edad, para ejercer su acción de tutela; él debe, pues, en este término tomar todos los conocimientos necesarios sobre la administración». Por nuestro derecho debería ser lo mismo armonizando esta acción con la acordada por el art. 4025, para pedir las cuentas de la tutela. ¿Cómo es que tiene el menor una acción que dura diez años desde la mayor edad, y sólo se le conceden dos para reclamar la nulidad de los actos practicados en su nombre? Hay falta de armonía en ambas disposiciones, y cuando el Código se depure de estos lunares, se debe conceder los diez años para una y otra acción.

Tratándose de los dementes bajo curatela, debemos hacer la distinción siguiente: si el acto ha sido ejecutado por el mismo demente no tiene valor alguno, es considerado inexistente y la prescripción no puede correr, ni perderse la acción á los dos años de recobrar la capacidad; para estos casos corren las prescripciones ordinarias; pero cuando fueren actos ejecutados por sus curadores, sin las autorizaciones necesarias, regirá la regla de este artículo, y en ese caso es más patente la injusticia que obliga al que estuvo bajo interdicción, para reclamar de los actos de su curador, dentro de los dos años de haber salido de la curatela. ¿Cómo podrá darse cuenta en tan cortísimo tiempo de las acciones que puede deducir? Lo natural habría sido asignarle diez años para hacer esta reclamación.

Como lo dijimos en el art. 3966, la prescripción se suspende únicamente para los que se hallen bajo curatela, y por consiguiente si ha comenzado á correr antes, queda suspendida con la declaración de incapacidad, y cuando ésta ha sido levantada, continuará corriendo. Así, cuando la persona ha sido violentada para ejecutar un acto jurídico cualquiera, la prescripción de dos años comenzaría á correr desde que cesó la violencia, y si perdiera su capacidad y fuese puesto bajo curatela, se suspendería, para volver á correr cuando hubiere salido de ella. Si el demente hubiera fallecido dejando herederos mayores, la prescripción comenzaría á correr desde la muerte de su causante; pero si fueran menores, se suspendería hasta llegar los herederos á la mayor edad.

Quando se tratare de actos ejecutados por un demente, que no hubiera sido declarado tal, podrán atacarse por los medios ordinarios, y en ese



sino con relación á los actos ejecutados por los curadores en nombre de los incapaces, en cuyo caso resultará un tiempo muy limitado; pero la acción del incapaz contra su curador por los actos de la curatela, es meramente personal.

Además de las acciones que quedan enumeradas, el Código Civil, siguiendo el sistema de los demás Códigos, ha agrupado acciones de personas que se encuentran en una misma categoría, por servicios prestados; así dice el **art. 4032**, n° 1, 1ª parte: *se prescribe por dos años la obligación de pagar:*

caso sólo se aplicaría la disposición del artículo, demostrando que está en su sano juicio desde hace dos años de la reclamación.

La prescripción sólo se suspende desde la declaración de incapacidad, que lo coloca bajo curatela, y no se tomará en cuenta el tiempo intermedio entre la solicitud de incapacidad y la declaratoria nombrándole curador.—Comp. GORENA, art. 1184. Cód. FRANCÉS, art. 1304. LAROMBIÈRE, IV, al art. 1304. DEMOLOMBE, XXIX, 91, 150 y sig. DURANTON, XXI, 302. — Véanse arts. 55, n° 2, 58, 189, 515, n° 1, 1041, 1042, 3968 á 3971 y 4030.

(**Art. 4032**, n° 1.) Los conjuces que nombran los tribunales en caso de recusación ó excusación, han sido pagados hasta hace poco por el Estado, pero al presente, en lo Federal, se substituyen unos funcionarios á otros, en cuyo caso desempeñan la misma función para que han sido nombrados y no hay honorarios que abonar; pero en la Corte Suprema Nacional, cuando uno de los miembros es recusado y una de las partes pide Corte plena, el interesado es quien debe pagar el honorario del conjuce, si lo sustituye uno de los abogados nombrados anualmente como conjuces. Cuando el Estado debiera pagar los honorarios de los conjuces, podrá alegar en su favor, como los particulares, la prescripción de dos años, pues no hay razón alguna para hacer una excepción en ese caso.

Cuando se habla de honorarios de abogados y procuradores, se deben comprender todos los trabajos que se hubieran practicado en el expediente; pero se pregunta, si los folletos ó memorias escritas y publicadas, las conferencias que el abogado hubiere dado para demostrar la justicia de la causa que defiende, ¿se comprenden también en los honorarios y se prescriben por dos años? Para responder á esta pregunta necesitamos estudiar el artículo en sus fuentes. Es tomado del art. 2273, del Código Francés, con estas diferencias fundamentales: que el artículo del Cód. Francés, habla de la acción de los *avoués*, que nosotros no tenemos



1° *A los jueces arbitros ó conjueces, abogados, procuradores, y toda clase de empleados en la administración de justicia, sus honorarios ó derechos. El tiempo para la prescripción corre desde*

y que son una especie de procuradores únicos que representan al cliente ante el tribunal, presentando escritos y preparando el proceso; son oficiales ministeriales nombrados por el Gobierno, para seguir el procedimiento, que están obligados á servirse de abogados para la defensa verbal ante los tribunales. El honorario del abogado se prescribe en aquella legislación, por treinta años. Además de esto, el artículo del Cód. Napoleón, habla de los gastos y salarios, mientras el nuestro sólo comprende los honorarios y derechos. Los trabajos hechos para demostrar ó apoyar los derechos que defiende, ¿son ó no honorarios que se puedan cobrar como tales ante la justicia? No lo creo, porque el juez sólo estima los honorarios que existen en los autos, y á menos que la parte reconozca los que se hubieren hecho fuera con ocasión del asunto, el juez no podría estimarlos. Me parece que se puede seguir la opinión de Baudry-Lacantinerie y Tissier, quienes dicen: «la regla de nuestro artículo no se aplicaría á los honorarios extraordinarios debidos en razón de cuidados particulares dados á un proceso; por ejemplo, por memorias publicadas ó por diligencias hechas. De una manera general, la prescripción del art. 2273, no se aplica á los desembolsos, adelantos, honorarios que pueden ser debidos al abogado fuera de su mandato *ad litem*, como mandatario ordinario ó *negotiorum gestor*. Esta opinión ha sido sostenida por Troplong, n° 985, Aubry y Rau, § 774, texto y notas 49 y 50, así como por varias Cortes Francesas.

Goyena, art. 1972, de donde ha tomado la redacción nuestro artículo, dice con más propiedad: «á los jueces, abogados, procuradores y toda clase de curiales», expresión que el nuestro ha sustituido por la de «y por toda clase de empleados en la administración de justicia»; cuando en nuestro régimen, los empleados en la administración, son pagados por el Tesoro público en la Capital y Territorios nacionales. Se debe entender, pues, que son á los curiales, que cobran honorarios por sus servicios.

El tiempo de la prescripción se cuenta desde que feneció el pleito. ¿Cómo puede concluirse el pleito? En primer lugar, por sentencia firme que decida la controversia; en segundo lugar, por transacción; y finalmente, por el desistimiento del demandante, que también concluye el asunto. Esto en cuanto al asunto mismo, debiendo agregar que, cuando se trata de la conclusión del pleito por transacción, el tiempo para la prescripción, correrá, no desde que las partes la hayan firmado, sino



que feneció el pleito, por sentencia ó transacción, ó desde la cesación de los poderes del procurador, ó desde que el abogado cesó en su ministerio. En esta parte es necesario tener muy en cuenta que se trata de un pleito concluido, y el tiempo para la prescripción del honorario del abogado, que se supone ha seguido el pleito hasta la sentencia firme, es de dos años desde que se dictó esa sentencia; pero si suponemos que el pleito no se ha concluido, pero el abogado ha cesado en sus funciones sea por propia voluntad ó porque el cliente haya tomado otro abogado, en ese caso los dos años comienzan á contarse desde que cesó en su ministerio. Esto es necesario tener muy en cuenta, porque en seguida viene una disposición que tratándose de los honorarios de abogado modifica en cierto modo la disposición transcrita, ó más bien dicho, legisla un caso completamente diferente. En efecto, hemos hablado del pleito concluido, ó del caso en que sin concluirse el abogado cesase en su ministerio, ahora se habla *en cuanto al pleito no terminado y proseguido por el mismo abogado, el plazo será de cinco años (á contar), desde que se devengaron los honorarios ó derechos, si no hay convenio entre las partes sobre el tiempo del pago (art. 4032, n° 1, últ. parte);* de modo que es un

desde la presentación en juicio, en que no pueden volver sobre ella art. 838.

En cuanto á los abogados, procuradores y demás personas que hayan intervenido en el pleito, devengando honorarios ó salarios, la prescripción comenzará á correr, para el procurador, desde que cesó en sus poderes, aunque el asunto continúe, y para el abogado, desde que dejó de prestar sus servicios, sea por separación voluntaria, ó porque haya sido sustituido por otro. La prescripción de dos años, se cuenta desde el momento en que han cesado en sus funciones, salvo los casos del inciso siguiente, de modo que si hace cuatro años que ha comenzado á prestar sus servicios, tendrá dos años más, sin tener en cuenta el tiempo transcurrido entre el momento en que comenzó á prestarlos, porque no le rige la segunda parte del artículo, que declara prescripta la acción á los cinco años. Así, pues, salvo los casos de interrupción y suspensión, los honorarios y derechos de los abogados, procuradores, etc., se prescriben por dos años desde que el pleito se concluyó, ó desde que cesaron en su ministerio; mientras que cuando el pleito ha continuado sirviendo el mismo abogado, varía por completo. El legislador no ha querido que se



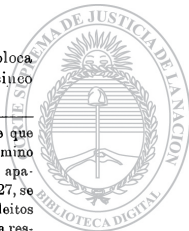
caso completamente diferente del anterior; aquí el mismo abogado sigue el pleito, y para que no se acumulen honorarios y den

acumulen sobre el cliente honorarios que vendrían á pesar sobre su fortuna, y salvo el caso de convenio entre las partes, sobre el tiempo del pago, los honorarios se prescriben por cinco años; es decir, el abogado tendrá obligación de cobrar los honorarios devengados antes de ese término, porque al terminar los cinco años no se consideran renunciados, sino que la ley parte de otro principio para declararlos extinguidos: el deseo de no agravar la condición del cliente sin que esté prevenido. Así, pues, si el abogado no ha hecho un convenio previo de que sus honorarios le serán abonados á la conclusión del asunto, ó de otra manera en que no pueda cobrarlos hasta su separación del asunto, el cliente podrá alegarle la prescripción sobre todos aquellos trabajos prestados hace cinco años, y sólo estará obligado á los que no alcancen dicho término.

Hay, pues, dos clases de prescripciones que se deben distinguir con cuidado; la que comienza á correr desde la conclusión del asunto, y se encuentra en las mismas condiciones de cuando no se hubiese concluido, pero en que el abogado ha cesado en su ministerio; esta prescripción es de dos años; y la que se opera en el pleito no terminado y proseguido por el mismo abogado, que tiene lugar á los cinco años, desde que los honorarios se devengaron; es decir, desde que se prestaron los servicios y que pudieron ser cobrados. Ambas tienen un punto de contacto que ha dado lugar á que se las confunda en la práctica: en que comprenden el pleito no terminado; pero en seguida se bifurcan, por decirlo así; porque si el pleito no se ha terminado y el abogado ha cesado en su ministerio, le corre la prescripción de dos años; si ha continuado prestando sus servicios ó proseguido patrocinando á su cliente, se le aplicará la prescripción de cinco años; de modo que si el pleito duró diez, sólo tendrá derecho para cobrar los honorarios de los últimos cinco años, pues los otros se encuentran prescriptos.

Ahora, en cuanto á los honorarios regulados y mandados pagar, se han convertido por la *demanda* en una obligación personal, que se prescribirá según las reglas ordinarias del art. 4023, por diez y veinte años. Para salvar sus derechos el abogado que no ha estipulado el pago de sus honorarios, será necesario hacerlos estimar y demandarlos, aunque no los ejecute.

Antes de terminar sobre este punto debemos decir, que conocemos dos fallos de la Cámaras de Apelaciones de la Capital, que se separan en parte de los principios que acabamos de exponer. En el tomo 10, pág. 170, Serie 3ª, se sostiene que: el término de dos años que la ley fija para la



por resultado que absorban el valor de la cosa litigada, lo coloca en el caso del art. 4027, haciendo que se prescriban por cinco años.

prescripción de los honorarios del abogado empieza á correr, desde que el pleito ha terminado por sentencia ó transacción; y que el término para la prescripción de cinco años sólo empieza á correr desde que aparece en los autos la dirección de otro letrado; y el tomo 91, pág. 427, se sostiene que la prescripción de dos años sólo es procedente en los pleitos terminados. La primera resolución, que está de acuerdo con la última respecto del tiempo en que se aplica la prescripción de dos años, es incompleta, porque debe también comprender: 1º, á las causas concluidas por sentencia firme; 2º, á las concluidas por transacción; 3º, á las causas concluidas por desestimiento del demandante; 4º, á las causas no concluidas, cuando el abogado ha cesado en su ministerio, aunque no haya intervenido otro abogado; por ejemplo, cuando ha renunciado á la defensa. A mi juicio, la Exma. Cámara no ha tenido razón para excluir las causas no concluidas, cuando el abogado ha cesado en sus funciones por haber sido reemplazado por otro, ó por haber renunciado. ¿Y qué prescripción aplicaría la Cámara á los honorarios del abogado que ha cesado en sus funciones? Seguramente, no sería la de cinco años, porque esa disposición sólo rige para los honorarios de los pleitos no concluidos y *proseguidos por el mismo abogado*; y si éste ha renunciado á seguirlo ó ha sido sustituido por otro; no queda sino la de dos años. Hay, pues, error en sostener que la prescripción de dos años sólo se aplica á los pleitos terminados, porque si así lo dice el artículo en su primera parte, en la segunda dice también, que se aplica á los casos en que el abogado ha cesado en su ministerio.

En esta última parte el Código sufrió una reforma fundamental, porque el artículo decía: «en cuanto al pleito, no terminado, el plazo será de cinco años», lo que apoyaba la teoría sostenida por la Cámara, dividiendo en dos grupos la prescripción de los honorarios en los pleitos concluidos que era de dos años, y en los no terminados que se prescribían por cinco años; pero el Congreso al hacer la modificación agregando la frase: *y proseguido por el mismo abogado*, cambió fundamentalmente la redacción, pues en adelante la prescripción de cinco años sólo se aplicará á los honorarios del abogado en los pleitos no concluidos, siempre que sean proseguidos por el mismo abogado. Finalmente, no es exacto, que la prescripción de cinco años sólo empiece á correr desde que aparece la firma de otro abogado, porque ese es uno de tantos medios de demostrar que ha cesado en su ministerio; pero hay muchos

2° *A los escribanos, los derechos de las escrituras, ó instrumentos que autorizaren, corriendo el tiempo de la prescripción desde*

otros, y tampoco se aplicaría la de cinco años sino la de dos, porque es la que corresponde al que ha cesado en el ejercicio de sus funciones, pues la de cinco se aplica única y exclusivamente al que prosigue el pleito.—Comp. GOYENA, art. 1972, n° 2.

Algunos han pretendido, erróneamente, que cuando el juicio en que interviene el abogado se paraliza durante muchos años, no corre la prescripción de cinco años. Y entónces, ¿cuál sería la prescripción que se aplicaría en tal hipótesis? Pues no es posible suponer que se pretenda crear una causa de suspensión. La razón que se da de, que por el hecho de haberse paralizado el asunto no se entiende que el abogado haya cesado en sus funciones, en lo que estamos conformes, no es suficiente explicación, porque es precisamente por no haber cesado en sus funciones, y que el asunto no se encuentra concluído, que se debe aplicar la prescripción de cinco años.

En la prescripción de cinco años habrá prescripciones sucesivas á medida que se vayan prestando los servicios, y cada escrito ú honorario devengado estará sujeto á una nueva, desde que se tuvo derecho para cobrarlo.

¿Se aplicará la última parte de este artículo á los empleados de la administración de justicia, ó sólo á los abogados, como lo expresa claramente? Debemos fijarnos en las palabras que preceden á este artículo y que dicen: se prescriben por dos años la obligación de pagar: á los jueces árabitos, conjuces, abogados, etc., y que esto debe regir para todas esas personas, y contarse los plazos para cada una de ellas. Así, el honorario del juez árbitro ó del conjuce, se prescribe por dos años; pero si el asunto ha continuado, habiendo prestado sus servicios, será también la prescripción de dos años, desde que haya cesado en sus funciones.

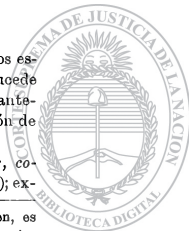
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4032. — Véase Goyena, art. 1972. — La L. 9, Recopilada del Título *De las prescripciones*, señala tres años.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4032. — La acción que los procuradores tienen para cobrar honorarios, se prescribe á los dos años de terminado por sentencia definitiva el pleito en que se devengaron. — XLI, 193.

La obligación de pagar los honorarios de abogado, se prescribe por dos años, á contar desde la fecha en que concluyó el pleito por sentencia, ó cesó el abogado en su ministerio. — XXXIII, 411.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4032. — La prescripción de los honorarios del procurador ó mandatario, en pleitos no termi-





el día de su otorgamiento (art. 4032, n° 2); pero cuando los escribanos fueren de actuación y cobraren honorarios como sucede en algunas provincias, se aplicará la disposición del inciso anterior, pues que en ese caso son empleados de la administración de justicia.

3° *A los agentes de negocios, sus honorarios ó salarios, corriendo el tiempo desde que los devengaron* (art. 4032, n° 3); ex-

(Art. 4032, n° 2.) Cada escritura ó instrumento que autorizaren, es una nueva prescripción que comenzaría á correr; serán tantas prescripciones como deudas hubiera. Cuando fueran escribanos secretarios ó de actuaciones que estuvieran autorizados para cobrar costas, se registrarán esos honorarios por lo dispuesto en el n° 1°, y la prescripción comenzará á correr desde que cesaron en sus funciones; y en cuanto á los asuntos concluidos, desde que se terminaron; si los asuntos continuaran y siguieran prestando sus servicios, se prescribirían por cinco años, á contar desde que se devengaron y pudieron cobrarse.

No es exacto, como algunos sostienen, que las distintas actuaciones de los escribanos secretarios formen una deuda única, sino en el caso en que el asunto se hubiere terminado, ó cuando cesaren en sus funciones, pues si el asunto continúa y siguen actuando, á semejanza de los abogados, sus honorarios se prescribirán por cinco años á contar desde que se devengaron y pudieron cobrarse. No hay razón para separarse de la regla.—Comp. GOYENA, art. 1972, n° 2.

(Art. 4032, n° 3.) En la expresión *agentes de negocios* se comprende á los rematadores, comisionistas, corredores, etc., y cada asunto ó nego-

nados, sólo empieza á correr desde la fecha en que conste la revocación ó renuncia del mandato. — Jur. Civ., VIII, 74, Ser. 2°.

La prescripción de honorarios de abogados, se opera á los dos años de haber cesado en la intervención en pleitos no terminados.—Jur. Civ., V, 5, Ser. 1°.

La prescripción de honorarios en pleitos no terminados, sólo empieza á correr desde que la parte aparece en autos patrocinada por otro abogado.—Jur. Civ., V, 390, Ser. 2°.

El término para la prescripción de honorarios devengados en los incidentes, sólo empieza á correr desde que cesa de patrocinar en los autos principales.—Jur. Civ., V, 390, Ser. 2°.

La intervención del abogado en los incidentes de la testamentaría, supone que también lo es del expediente principal, y en consecuencia, el término para la prescripción de cinco años, sólo empieza á correr desde que aparece en autos la dirección de otro letrado. — Jur. Civ., X, 170, Ser. 3°.

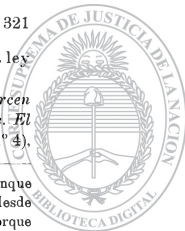
Para que el término de dos años que la ley fija para la prescripción de los honorarios del abogado empiece á correr, el pleito debe haber terminado por sentencia ó transacción. — Jur. Civ., X, 170, Ser. 3°.

ceptuándose los agentes comerciales que están regidos por la ley mercantil.

4º A los médicos y cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos. El tiempo corre desde los actos que crearon la deuda (art. 4032, 1º 4).

cio terminado, ó por lo menos en que hayan prestado servicios, aunque no lo hubieren concluido, la prescripción de dos años debe correr desde que el asunto se concluyó ó desde que se abandonó la gestión; porque recién puede decirse que se ha devengado el honorario, pues cada asunto se considera en su conjunto, y no se va ganando en cada diligencia, como en las actuaciones judiciales, el honorario correspondiente, cuando la gestión se continúa por el mismo abogado ó procurador en los casos en que se aplica la prescripción de cinco años. Así, cada asunto debe estar sometido á una prescripción aparte. Goyena, de donde han sido tomados todos los incisos, dice por todo comentario: «los agentes de negocios, «siempre voluntarios», no merecen más favor que los curiales, obligados las más veces á obrar por razón de su oficio»; porque en cuanto á los agentes necesarios, como los tutores y curadores, por ejemplo, no están comprendidos en la regla de este artículo. — Comp. GOYENA, art. 1972, n° 3.

(Art. 4032, n° 4.) Nuestro artículo viene á decidir la controversia suscitada en derecho francés, sobre el tiempo en que debe comenzar á correr la prescripción; Pothier, Troplong, Durantón, Taulier y otros, sostienen que la prescripción sólo comenzará á correr desde la curación del enfermo, ó desde que dejó de asistirlo, ó desde la muerte de éste; Marcadé, Delsol y Mourlon opinan que sólo debe comenzar á correr después de cierto término determinado por el uso; pero Vazeille y Aubry y Rau, sostienen que comenzará á correr desde que se prestaron los servicios, conclusión que ha aceptado nuestro artículo, siguiendo la redacción de Goyena; lo que pone en una situación desventajosa á los médicos, que en las enfermedades crónicas están expuestos á perder su honorario á los dos años. En el caso del artículo, cada visita ú operación del médico es una nueva deuda sujeta á una prescripción diferente, lo que es un grave inconveniente; habría sido más justo y equitativo tomar la asistencia médica como un solo hecho, y hacer correr la prescripción desde que el enfermo se hubiera curado, ó desde que el médico dejó de asistirlo, sea por haberse retirado forzada ó voluntariamente, ó por muerte del enfermo; por eso reputo un error el aplicar la doctrina que considera toda la asistencia como una sola deuda, cuando el artículo dice clara-



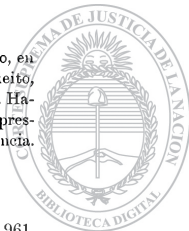
colocando á los médicos que continuán asistiendo al enfermo, en la misma situación que al abogado que ha continuado el pleito, en cuyo caso debió acordarles el mismo plazo de cinco años. Habría sido más conforme á la justicia haber establecido que la prescripción comenzaría á correr desde que cesaron en la asistencia.

§ 1094.—DE LA PRESCRIPCIÓN POR UN AÑO

La acción pauliana de que hemos hablado en el art. 961, cuando el deudor ejecuta actos que perjudican á sus acreedores, también es objeto de una prescripción especial, así dice el **art. 4033**: *la acción de los acreedores para pedir la revocación de*

mente que la prescripción «corre desde los actos que crearon la deuda», y no hay razonamiento que pueda desvirtuar este mandato, aunque estoy conforme con la reforma que debe hacerse al artículo, adoptando esta teoría que es la más justa y humana.—Comp. GOYENA, art. 1972, n° 4.

(**Art. 4033.**) Se debe tener presente lo que dijimos en el tomo III, pág. 188, con relación á los actos fraudulentos, y los que, sin serlo, perjudicaban á los acreedores; por eso el artículo vuelve á repetir la expresión: «en perjuicio ó fraude de los derechos de los acreedores.» Esos actos, ejecutados de buena fe y sin el menor deseo de defraudar, pueden ser atacados como perjudiciales á los acreedores, cuando éstos no pudieran ser pagados de sus créditos; pero la acción no va más allá del perjuicio recibido, ni la ejercida por uno de los acreedores aprovecha á los demás, porque cada uno obra en su propio interés. La prescripción de un año, ¿desde cuándo comienza á correr? Es evidente que el Dr. Velez-Sarsfield ha confundido los términos, al tomar la disposición del art. 1166, de Goyena, que indica, en la nota, como fuente del artículo. En efecto, Goyena dice: «el tiempo se cuenta, respecto de los acreedores, desde el día en que tuvieron noticia de la enajenación, ó en que ésta se hizo pública»; dos términos completamente diferentes, porque el hacerse pública es un medio para que llegue á conocimiento de los acreedores perjudicados; mientras nuestro artículo, dice: «desde el día en que el acto tuvo lugar, ó desde que los acreedores tuvieron noticia», lo que no puede ser sino un solo y mismo término; porque si el acto no era conocido de los acreedores, la prescripción no podía correrles, y si lo era, sólo correría desde que tuvieron noticia del hecho; así, pues, el término para que la prescripción comience á correr, debe ser desde que se cono-





los actos celebrados por el deudor, en perjuicio ó fraude de sus derechos, se prescribe por un año, contado desde el día en que el acto tuvo lugar, ó desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho; estos dos términos se reducen á uno sólo, como lo sostenemos en el comentario, al conocimiento que tuvieron los acreedores del acto que les ha perjudicado, ó desde que el dolo se descubrió.

La acción de injuria hecha al difunto, para pedir la revocación de un legado ó donación, se prescribe por un año, contado desde el día en que la injuria se hizo, ó desde que llegó al conocimiento de los herederos (art. 4034); pero como lo

ció el acto. Se ha suprimido, inconsultamente, la última parte del proyecto de Goyena: «cuando la enajenación se hizo pública.» ¿Podríamos, por interpretación, agregar esta causal, que está justificada por la equidad? Me parece algo peligroso, y preferiríamos dejarlo á la apreciación de los Tribunales. La mente del legislador, en este caso, es conceder el derecho de reclamar las enajenaciones que perjudiquen á los acreedores, cuando éstos llegaran á conocerlas, y el tiempo se debe contar desde esa época; pero si se hicieron publicaciones anunciándolas, ó se practicaron en escritura pública, la presunción de que son conocidas está en favor de los adquirentes, y los acreedores deberán demostrar que circunstancias especiales, como ausencia ó enfermedad muy grave, les ha impedido tener conocimiento.

Cuando el Código se corrija, debe suprimirse la expresión: «desde el día en que el acto tuvo lugar», que no tiene significación, y agregar á continuación de la frase: «ó desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho», la de: «ó en que ésta se hizo pública», creando una presunción que puede ser desvanecida por una prueba contraria. Esta conclusión estaría apoyada por la Ley 9, § 2, tit. 6, lib. 22, Dig., que dice: «con relación á la ignorancia de hecho, no perjudica, á menos de suponer una ignorancia grosera: por ejemplo, si se pretende ignorar un hecho conocido de toda la ciudad.» — Véanse arts. 961, 968 y 3963.

(**Art. 4034.**) Nuestro artículo, tomado de Zachariæ, expresa imperfectamente la idea, porque se ha suprimido toda la primera parte, que la explica y hace comprensible. Vamos á rehacer, por decirlo así, el fundamento de esta disposición.

Zachariæ, § 504, indica cuatro causas para la revocación de los legados: «1ª, cuando el legatario no llena las condiciones bajo las que el



indicamos en el comentario, comprenderá igualmente la acción de revocación por causa de delitos, siguiendo la mejor doc-

legado fué hecho; 2ª, si atentó á la vida del testador; 3ª, si viviendo el testador, el legatario se hizo culpable de sevicias, delitos ó injurias graves; 4ª, si hizo una injuria grave á la memoria del difunto. La causa de revocación resultante de que el legatario no ha llenado las condiciones de su legado, es regida por el derecho común.... En cuanto á las otras tres causas, están sometidas á las reglas relativas á la revocación de las donaciones, por causa de ingratitud del donatario. Los herederos únicamente pueden intentar la acción de revocación. Así, aun la prescripción de un año, determinada por el art. 957, es igualmente aplicable á esta acción. *Si, pues, ha habido injuria grave á la memoria del testador, la acción debe ser intentada en el término de un año, á contar desde el día en que se hizo la injuria, ó desde que llegó á conocimiento de los herederos.*» La parte en letra bastardilla es la que ha servido para formar nuestro artículo, lo que puede verse comparándola; pero no está aislada como la disposición que estudiamos; es una consecuencia de las causas que se han enumerado, pues la acción de revocación existe, y puede deducirse cuando se ha atentado contra la vida del donante ó testador, ó cuando se ha hecho culpable contra ellos de actos de sevicia, ó si ha hecho injurias graves á su memoria. La injuria hecha á la memoria del difunto, que da acción para demandar la revocación, no excluye, y por el contrario, comprende igualmente las otras causas; porque si tomamos al pie de la letra la disposición del artículo, sólo comprenderíamos las injurias hechas á la memoria del difunto, admitiendo la doctrina francesa, que prevalecía antes de la vigencia del Cód. Napoleón, y que fué sustituida por el art. 957, que dice en su primera parte, que la demanda de revocación debe ser intentada dentro del año, á contar desde el día en que se cometió el *delito*, ó desde el día en que el delito fuera conocido del donante. Nuestro artículo; no sólo comprende la injuria hecha á la memoria del difunto, sino también los delitos cometidos contra él.

Tratándose de la revocación de un legado ó donación, ha debido expresarse que se refiere á la acción por causa de ingratitud, comprendiendo los casos del art. 1858.

Ahora, estudiando el artículo en sus palabras, examinémoslas separadamente. «La acción de injuria hecha al difunto»; esta expresión sólo comprende la que se hubiere hecho á la persona del que ha fallecido; mientras el art. 1047, Cód. Francés, habla de la injuria hecha á la memoria del difunto, y que siguiendo la doctrina del art. 1099, de nuestro Código, esa es la única que deberíamos comprender; pero como allí

trina, aunque el artículo sólo habla de la injuria hecha al difunto, y no á su memoria, como lo dice el modelo.

se habla de la acción civil por los daños y perjuicios, y aquí se trata de la revocación del legado, no es de estricta aplicación, sino el art. 1864, y comprenderá tanto á la injuria hecha en vida al causante, como la que se hiciera á su memoria después de fallecido.

Debemos notar que nuestro Código Civil, no ha subordinado la acción civil á la acción pública, ni ésta á aquella, conservando ambas completa independencia; así, el donante puede perdonar el delito de que haya sido víctima, renunciando á revocar la donación, y la justicia puede perseguirlo sin tener en cuenta esa renuncia; por consiguiente, cuando el ofendido que conoce la ofensa ha dejado pasar el tiempo para revocar la donación, es porque la ley supone, con razón, que ha perdonado la ofensa.

De la independencia de las acciones á que puede dar lugar un delito, resulta esta consecuencia: que el perdón expreso del ofendido, le priva del derecho que tenía para revocar la donación; pero él ó sus herederos pueden pedir los daños y perjuicios causados por el delito, si están dentro del año determinado por el art. 4037.

Para estudiar el tiempo desde que debe contarse la prescripción, es necesario colocarse en las diversas hipótesis á que da lugar: 1ª, delito ó injuria á la persona del testador ó donante, viviendo éste; 2ª, injuria á su memoria; 3ª, delito ó injuria al donante ó testador, habiendo fallecido conociéndolas; 4ª, cuando en el mismo caso ha fallecido ignorándolas.

En el primer caso, si el donante ó testador ha conocido el delito ó la injuria, no puede haber dificultad, el término de un año sin reclamar, hace prescribir la acción que podría deducir. En este caso puede suceder que el conocimiento coincida con el hecho mismo, y entonces no hay razón para que se dividan los plazos, que se reducen á uno, desde que el hecho se ejecutó; pero cuando el donante ignoraba el hecho, y se presenta revocando la donación dentro del año en que tuvo conocimiento, como se encuentra con una acción que al parecer se halla prescripta, debe demostrar por todos los medios de prueba, que no ha conocido el hecho de que se trata; porque el donatario está protegido por el tiempo transcurrido, y es necesario demostrar que ese tiempo no debe contarse. No basta que el donante conozca el hecho, porque eso no lo pone en condiciones de saber quien lo ejecutó; así, por ejemplo, el donante ha sido víctima de una injuria ó de un delito, conoce el hecho, pero ignora el autor; la prescripción no puede correr en su contra, porque la ley no



Se prescribe por un año la obligación de pagar:

1º A los posaderos y fonderos, la comida, habitación, etc., que

puede suponer el perdón, cuando no se persigue al autor de un delito ó de una injuria. Es, pues, necesario que al conocimiento del hecho se una el de la persona del donatario que lo ha cometido.

Respecto de la segunda hipótesis, cuando se ha hecho injuria á la memoria del donante ó testador, en que el derecho corresponde á los herederos, ¿desde cuándo comienza á contarse el tiempo para la prescripción? ¿Desde que el hecho tuvo lugar ó desde que tuvieron conocimiento de él los herederos? Esta cuestión debe resolverse como la anterior: si cuando los herederos hacen la reclamación se ha vencido el año para la prescripción, ellos deberán demostrar que no han tenido conocimiento de la injuria, determinando el tiempo en que ha llegado á su conocimiento; á ellos les corresponde probar que la prescripción no ha podido correr.

Cuando el donante ó testador conocían el hecho y hubieren fallecido dentro del término para reclamarlo, como sus herederos representan la persona de su causante, se les aplicaría la regla general, de que siendo la misma persona, la prescripción comenzada ha continuado contra ellos. En cuanto á la acción civil por la injuria ó calumnia, los herederos no podrán intentarla, si el difunto no la hubiera comenzado, porque el art. 1099 es bien expreso á este respecto; ha impedido que estas acciones pasen, de la persona que fué víctima, y prefiere extinguirlas con ellas antes de legar á los herederos acciones, que prolongarían más allá de la vida del injuriado ó calumniado, rencores y discordias, que es mejor cortar de raíz. En cuanto á la acción de revocación es diferente, pueden intentarla los herederos en los términos del art. 1864, porque no se trata del daño ocasionado, sino de la revocación del legado y el término para la prescripción no debe correr contra los herederos que ignoraban el hecho.

Finalmente, en el cuarto caso, si el que ha sido víctima del delito ó de la injuria, hubiera fallecido ignorando la persona que lo cometió, la prescripción no ha podido correr en su contra y sus herederos que reclamaran la revocación de la donación ó legado, deberán demostrar la ignorancia de su causante, si se presentaran después de vencido el año, como se ha dicho en los casos anteriores.

Con respecto á la cuestión, muy controvertida en derecho francés, sobre si el término de un año constituye una prescripción á la que se debe aplicar las causas de suspensión que rige para la prescripción en general, me decido por la afirmativa que es sostenida por Troplong, III,



dieron (art. 4035, n° 1); pero esta prescripción como las demás de la misma especie, sólo tiene lugar cuando no hay documento es-

1343, y la mayor parte de las Cortes francesas, porque la regla establecida en el art. 3966, no reconoce otras excepciones que la de los arts. 3967 y 3970, y sosteniendo lo contrario crearíamos una nueva excepción.

Para conservar la acción de revocación, es necesario que el demandante haya deducido la demanda; pero cuando los herederos demostrasen que su silencio ha sido un efecto de su ignorancia, tendrían derecho para deducirla, aunque no hubiera sido intentada. No se puede suponer el perdón del ofendido cuando se ha ignorado la ofensa ó no se ha conocido al ofensor; pero si la ha conocido, limitándose á encargar á sus herederos que pidan la revocación, ó si en una escritura pública dijera que no perdona; en todos esos casos la prescripción correría, porque el art. 3986 sólo declara interrumpida la prescripción por la demanda ante juez ó en los casos de los arts. 3988 y 3989, y es sabido que las causas de interrupción y suspensión rigen para todos los casos. Y por la misma razón la prescripción no se interrumpiría, si el donante cediera su acción á una tercera persona para que demandase la revocación de la donación expresando que su voluntad era no perdonar, si el cedente se presentara después del año, se le opondría con razón la prescripción.

Se ha preguntado, si en los casos de perdón expreso del donante ó en los de perdón tácito dejando vencer el término de un año sin pedir la revocación, se podría traer ese hecho antiguo para unirlo á uno nuevo, y me parece evidente que la injuria perdonada no existe, y en caso alguno puede traerse nuevamente como causa coadyuvante á la acción, porque si el nuevo hecho no es bastante por sí solo para dar lugar á la revocación, ésta no podrá tener lugar. — Comp. ZACHARLÆ, § 504, texto y notas 8 y 9. DURANTON, IX, 479. MARCADE, á los arts. 1046 y 1047. — Véanse arts. 1858, 1864, 3298, 3842 y 3843.

(Art. 4035, n° 1.) Nuestro artículo es tomado al pie de la letra de Goyena, art. 1973, y este autor lo tomó, á su vez, del art. 2271, Código Francés, que disminuye el tiempo á seis meses. Cuando el artículo habla de los posaderos y fonderos, sólo comprende á los que tienen ese modo habitual de vivir, y la prescripción se aplicará únicamente á los gastos de alojamiento, comida, habitación, servicio, etc., y no á los préstamos de dinero, venta de objetos y cualquier otra deuda que contrajeran, para los que regirá el art. 4023. No hay distinción que hacer entre los suministros que se paguen por día, semanas ó meses, porque la ley no hace distinción alguna. Tampoco se debe hacer entre el cliente co-





crito, porque en ese caso se supone que se han pagado sin recibo, desde que no hay constancia escrita de la deuda. Sin embargo, en nuestras costumbres, los dueños de hoteles y casas de pensión presentan sus cuentas semanalmente ó por mes, y dan recibo de ellas.

2° *A los dueños de colegios ó casas de pensión, el precio de la pensión de sus discípulos, y á los otros maestros el del aprendizaje* (art. 4035, n° 2), de una profesión ú oficio, y en la pensión de-

merciante ó no comerciante, porque la disposición es absoluta y comprende á unos y otros.

Hemos dicho que esta prescripción sólo rige para los hoteleros y fonderos que hacen esta profesión; por consiguiente no se podrá alegarla al que no la ejerce, como por ejemplo, al dueño de un establecimiento que suministra á sus empleados y dependientes casa y comida; porque no es un posadero ni un fondero en la verdadera acepción de la palabra, ni menos al que ocasionalmente da casa y comida á una persona, por recomendaciones especiales, no teniendo esa costumbre, en ese caso se puede aplicar el art. 4027, si se encontrase en alguna de esas hipótesis, y de lo contrario regiría el art. 4023. Esta prescripción se aplicará á los dueños de cafés y casas de bebidas, aunque no se trata de comida ni habitación; pero están comprendidos en el n° 4 como almaceneros ó mercaderes.—Comp. LAURENT, XXX, 505. TROPLONG, 970.

(Art. 4035, n° 2.) El inciso comprende las acreencias de los dueños de colegio, por los honorarios que se les debieran por la educación dada á los alumnos externos que van á recibir á la casa la instrucción, así

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4035.—La L. 10, Tit. 11, Lib. 10, Nov. Rec., habla de joyeros, especieros ó confiteros, y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer. Respecto al n° 5, la misma ley requiere tres años para jornaleros, oficiales mecánicos, y todos los que hubieren vivido con cualquiera persona por salario.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 4035, n° 1.—La obligación de pagar el hospedaje, se prescribe por un año.—XLIII, 180.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 4035, n° 1.—El término para la prescripción que la ley señala á los créditos del fondero ó posadero, no es aplicable al contrato formado con una persona para asistir, alimentar y vestir á un menor en casa particular.—Jur. Civ., IV, 317, Ser. 1°.

Reconocida la autenticidad del conforme, no procede la prescripción especial que la ley fija para las diversas partidas que forman la cuenta; sólo debe aplicarse la correspondiente á las acciones personales.—Jur. Civ., II, 281, Ser. 6°.

Es improcedente la prescripción si ha habido ajuste de cuenta por escrito, aun cuando la obligación reconozca como origen el suministro de comestibles al por menor.—Jur. Civ., II, 358, Ser. 1°.



ben comprenderse los útiles que les proporcionarán á los educandos.

3° *Á los maestros de ciencias y artes, el estipendio que se les paga mensualmente* (**art. 4035**, n° 3); pero la prescripción no se alterará si mediara convenio, ó para pagar por trimestres ó semestres.

4° *Á los mercaderes, tenderos, ó almaceneros, el precio de los efectos que venden á otros que no lo son, ó que aún siéndolo no hacen el mismo tráfico* (**art. 4035**, n° 4); porque la ley supone que

como á los internos que viven en ella como pensionistas, aprendiendo lo que se les enseña. Si en la pensión no se les da sino casa y comida, sin instrucción, se encontrarán en el caso del inciso 1°, asimilándolos á los posaderos; por nuestro derecho no se hace diferencia, como en el francés, en que tienen seis meses en vez de un año.

En cuanto á los otros maestros á que hace referencia este número, se comprenderán los de bellas artes, que tengan establecimientos especiales para enseñarles en sus casas, como talleres de escultura, dibujo, pintura, etc., donde den instrucción á sus discípulos; también se comprenderán los que tengan colegios de artes mecánicas que den instrucción á los jóvenes que vivan en la casa.

En este inciso deben comprenderse los útiles y accesorios que se dieran á los discípulos, como libros de enseñanza, papel, plumas, etc., así como los modelos que fueren necesarios para sus estudios, y que les fueren suministrados.

(**Art. 4035**, n° 3.) A los maestros de ciencias y artes, cuando se les pagare mensualmente; pero si fuere por trimestres, semestres ó anualmente, se aplicará el **art. 4027**, n° 3; porque la prescripción anual es para los casos en que el estipendio se pague por mes. Si como sucede ordinariamente, cuando se trata del aprendizaje de un arte, se hubiera convenido por contrato que se pagaría el honorario una vez que el arte ú oficio se hubiera aprendido, la prescripción no sería ni anual, ni por cinco años, sería una obligación personal regida por el **art. 4023**.

(**Art. 4035**, n° 4.) La palabra mercaderes, de que usa el Código, siguiendo á Goyena, no se debe tomar en el sentido que este autor le da, según el diccionario de la lengua castellana, porque el Dr. Velez-Sarsfield, ha querido expresar lo que ordinariamente se entiende en la República Argentina, por esta palabra, que comprende á todo el que vende en detalle cualquier objeto haciendo de estas ventas su profesión habitual; es mercader el que vende libros, como el que vende

se toman esos efectos para el gasto ordinario de la familia, pues si los comprasen para comerciar, porque hicieran el mismo negocio, la prescripción se regiría por la ley mercantil.

5° *A los criados de servicio que se ajusten por año, ó menos tiempo, á los jornaleros y oficiales mecánicos, el precio de sus salarios, trabajo ó hechuras* (art. 4035, n° 5), de modo que estarán

cosas comestibles: en este sentido son mercaderes, los confiteros, pasteleros, carniceros, panaderos, así como los que venden en almacenes toda clase de comestibles. Así, pues, cuando el Código dice, mercaderes, tenderos, ó almaceneros, ha querido comprender á todos los que venden objetos en detalle con un negocio abierto. La palabra comerciantes, dice Troplong, comprende á todos los individuos, cualesquiera que fueran que hacen el comercio, desde el más humilde, hasta el más opulento. Hemos visto en el n° 955, que comprende á los más simples obreros que exponen en venta el producto de su arte mecánico. Se clasificará bajo este nombre á los carniceros, panaderos, zapateros, cerrajeros, sastres, etc., los comerciantes de vinos que venden en el mostrador; los almaceneros, merceros, vendedores de paños, joyeros, relojeros, y otros cuya enumeración sería infinita. Los impresores, son comerciantes cuando venden al público el producto de sus prensas». Entre nosotros no habrá dificultad, porque estando en la misma categoría los mercaderes y los obreros, no interesa la distinción. Así, pues, debemos dar á este inciso toda la extensión que el legislador argentino ha querido expresar, usando la palabra mercader, comprendiendo á todo el que vende cualquier clase de cosas en tienda ó casa abierta, haciendo de eso su profesión habitual. —Comp. AUBRY y RAU, § 774, n° 5, letra c.

(Art. 4035, n° 5.) A los criados de servicio, que generalmente ajustan por mes el pago de los que prestan, y entre éstos, no se debe comprender á los dependientes de casas de comercio ó escribientes y demás empleados que están regidos por el art. 4027, n° 3, y por eso el inciso dice expresamente: criados de servicio.

En cuanto á los jornaleros y oficiales, el inciso no hace distinción alguna entre los que trabajan por día y á jornal, ó por un tanto, á pagarles cuando la obra se hubiere concluido, y están comprendidos como si trabajasen á jornal, ó por meses, ó por un año, porque en realidad el obligarse á pagar cuando la obra se hubiera concluido, es lo mismo que acumular los días de trabajo, calculando los que empleará para concluir la. Así, pues, el albañil ó el carpintero que trabajan por una suma total, están sujetos á la misma prescripción de un año, con esta diferencia:





sujetos á la misma prescripción los que trabajasen por un tanto á recibir el precio de su trabajo al concluirse la obra.

En todos los casos de los tres artículos anteriores, corre la prescripción aunque se hayan continuado los servicios, y sólo dejará de correr cuando haga habido ajuste de cuenta aprobada por escrito, vale ó escritura pública, ó hubiese mediado demanda judicial que no haya sido extinguida (art. 4036). El error es evidente, por-

«que para ellos comienza la prescripción desde que concluyeron la obra y les fué recibida, porque desde entonces comienza el derecho para reclamar sus servicios, mientras en los que trabajan por mes ó por año, la prescripción comienza desde que el término se venció.» Y lo que aclara el pensamiento del legislador, son las últimas palabras: «el precio de sus salarios, trabajo ó hechura», dando á entender así, que cuando no se ha estipulado un precio por el salario, se debe pagar el trabajo ó la hechura del objeto encargado. Hay, pues, error en enseñar lo contrario, como lo hacen algunos. Se exceptúa el caso en que los trabajos fueran hechos con constructores mediante contratos especiales para la edificación, que se regirán por el derecho común.

(Art. 4036.) Se ha pretendido que el artículo se refiere únicamente á los dos anteriores, y no á los tres, porque sólo en esos dos artículos se trata de servicios que pueden ó no continuarse; pero el error es evidente, pues basta leer los dos artículos anteriores para ver que no hay servicios. La corrección que debiera hacerse, siguiendo á Goyena, es la siguiente: «en los casos de los arts. 4032 y 4035, corre la prescripción, etc.»; porque sólo en ellos pueden continuarse los servicios. Goyena, art. 1974, dice, «en todos los casos de los dos artículos anteriores»; porque á continuación de nuestro art. 4032, que es el art. 1972, de Goyena, sigue el 1973, que es nuestro art. 4035.

Ahora estudiémoslo en las demás partes que han dado lugar á controversias entre los comentadores franceses, controversias que en mi opinión no ha resuelto el Dr. Velez-Sarsfield. En efecto, el artículo dice: la prescripción *corre* aunque hayan continuado los servicios; lo que importa establecer que, la continuación de los mismos servicios, no es una interrupción ni una suspensión. Así, el abogado ó procurador que han continuado con el pleito durante ocho años, por ejemplo, sólo podrán

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 4035, n° 5.—La prescripción de los salarios no es aplicable á los menores de edad criados en la casa del deudor, quien está obligado á abonárselos después de cumplidos los quince años que la ley determina. — Jur. Civ., V. 555, Ser. 1°.



que los tres artículos anteriores no hablan de la prescripción de servicios sino el anterior y el art. 4032. Como se demuestra

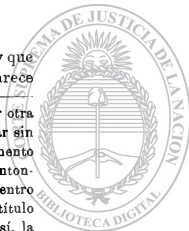
cobrar los honorarios de los tres últimos años, porque los otros están prescriptos. Esto es lo que importa la expresión, «corre la prescripción», de que se sirve el artículo. Ahora bien, ¿cuándo dejará de correr esta prescripción? ¿Y qué importa la expresión «sólo dejará de correr»? ¿Es una interrupción ó una suspensión? Para responder á esta pregunta que es de grande importancia, es necesario fijarnos en las palabras que le siguen, lo que importa decir, que la prescripción se ha interrumpido solamente; porque son causas de interrupción: la demanda judicial, ó cuando ha habido ajuste de cuenta ó un vale ó escritura pública, reconociendo la deuda. No es que la prescripción se haya suspendido en esos casos, porque el reconocimiento de la deuda ó la demanda no son causas de suspensión sino de interrupción, con arreglo á los arts. 3986 á 3989; las únicas porque se suspende, son las señaladas en los arts. 3966, 3969 y 3970. Ahora bien, la prescripción se ha interrumpido; ¿y volverá á correr desde el acto interruptivo, con arreglo á los principios sostenidos en los arts. 3966 y 3984? ¿O importa decir, que no corre la misma prescripción, sino la de diez y veinte años? Para resolver este punto es necesario saber, si el acto de ajustar y aprobar una cuenta ó de dar un vale, ú otorgar una escritura pública, ú obtener una sentencia condenatoria contra el demandado, cambia la naturaleza de la acreencia convirtiéndola en una obligación ordinaria, que se prescribe por diez y veinte años. Esta cuestión tan interesante ha dividido á los jurisconsultos franceses, y para resolverla entre nosotros, debemos comenzar por buscar la fuente de nuestro artículo, que es sin duda el art. 2274, Cód. Francés, de donde fué tomado por Goyena; este autor decidía la controversia agregándole una última expresión, como veremos en seguida. En efecto, el art. 2274, Cód. Francés, dice: «la prescripción en los casos arriba indicados (son los de nuestros arts. 4032 y 4035), tienen lugar aunque haya habido continuación de suministros, entregas, servicios y trabajos. *No cesa de correr* sino cuando ha existido cuenta aprobada, cédula ú obligación, ó citación en justicia no extinguida». Goyena, al incorporar esta disposición en su proyecto, la redactó en esta forma: «en todos los casos de los dos artículos anteriores (que son nuestros arts. 4032 y 4035), corre la prescripción, aunque se hayan continuado los servicios, trabajos ó suministros; y *sólo dejará de correr* cuando haya habido ajuste de cuentas, aprobado por escrito, vale ó escritura pública, ó hubiere mediado citación judicial, que no haya sido extinguida, *en cuyo caso se observará lo dispuesto en el art. 1967*», que es nuestro art. 4023. He transcrito

en el comentario, este artículo se refiere al art. 4032 y 4035, con-
irmando la teoría sostenida allí de que no rige la prescripción

ambas disposiciones para que se puedan comparar las diferencias, y formarse un juicio acertado en tan debatida cuestión. La última parte del artículo de Goyena decidía la cuestión, porque establecía claramente que una vez arregladas las cuentas ó firmado vale ó escritura pública, la obligación dejaba de ser por suministros ó servicios, convirtiéndose en una personal, sujeta á la prescripción de diez y veinte años. El Dr. Velez-Sarsfield, al suprimir esa parte de Goyena, ¿entendió acaso dejar en pie la cuestión suscitada en derecho francés? Esto es lo que tenemos que averiguar.

Troplong, II, 943, explicando el alcance de los arts. 2271 y 2272, que corresponden á nuestros arts. 4032 y 4035, dice: «las prescripciones de seis meses y de un año de que vamos á ocuparnos en el comentario á los arts. 2271 y 2272, están basadas sobre una presunción de pago. Ellas tienen por objeto extinguir acciones que no están fundadas sobre un título escrito. Se ha pensado que donde las convenciones eran verbales y en que el pago se hace ordinariamente de mano á mano y sin retardo, era conformarse á la marcha ordinaria de las cosas, que es de suponer que la obligación había sido solventada después de cierto tiempo. Se ha, pues, admitido una presunción de pago que sale del derecho común». Y comentando el art. 2274, dice en el n° 989: «se sigue de aquí, que ninguna de las prescripciones cuya nomenclatura hemos visto en los arts. 2271 y 2272, no habría tenido lugar si las partes hubieran tratado por escrito. Porque la presunción de pago sobre que reposa no es admisible sino en tanto que la acción personal que ellas intentan combatir, no está fundada sobre un título. Así se explica porque los arts. 2103, n° 4 y 2110, Cód. Napoleón (que son nuestros arts. 3931 y 3932), suponen que los obreros tienen un plazo más largo para hacerse pagar sus acreencias con privilegios. En la hipótesis prevista por estos artículos, el contrato consta haberse hecho por escrito, y los procesos verbales del estado de los lugares en los que el propietario declara que obras quiere encar- gar se hagan, son títulos positivos que hacen inaplicables las disposiciones del art. 2271». Esta teoría ha sido apoyada por Marcadé, con esa vivacidad que le caracteriza, y como es una cuestión de grande importancia me voy á permitir transcribir sus palabras, dice así: «la presunción de pago sobre la que están exclusivamente fundadas las prescripciones de los arts. 2271, 2272 y 2273, reposan también sobre que las acreencias que son su objeto no se han hecho constar jamás por escrito, de modo que el acreedor por una parte, visto que no tiene título, no ha





de un año cuando ha existido cuenta aprobada por escrito, y que la prescripción no deja de correr, ni se suspende como parece

debido esperar largo tiempo sin hacerse pagar, y que el deudor por otra parte, por razón de que no había título contra él, ha podido pagar sin exigir recibo, estas prescripciones no deben correr desde el momento que haya un escrito en poder del acreedor que pruebe la deuda. Entonces, en efecto, el acreedor no tiene el mismo motivo para obrar dentro de un plazo tan breve, y por otra parte el deudor, que ha dado un título á su acreedor, no pagará sin retirar ese título ó sin un recibo. Así, la segunda parte del art. 2274, declara que estas prescripciones no corren cuando ha existido un arreglo de cuentas (es decir, una palabra escrita por el deudor abajo de la memoria, ó sobre el registro del acreedor, reconociendo la deuda), sea una cédula ó una obligación (es decir, un reconocimiento de esa misma deuda hecho por acto separado, acto al que la ley da el nombre de cédula cuando es hecho bajo forma privada, y el de obligación cuando es hecho por acto auténtico). A partir de ese momento y desde que el acreedor se encuentra así portador de un título, se sale de las reglas excepcionales de nuestros artículos para entrar en el derecho común, y la prescripción desde entonces viene á ser de treinta años». Lo único que se debe reprochar, á mi juicio, tanto al artículo del Código Francés, como á Goyena, que lo ha seguido, y al nuestro, es la expresión impropia de que «la prescripción dejará de correr», cuando no es exacto que deje de correr, porque no se suspende y lo que ha querido expresarse, como lo hace Goyena al final, es que esas prescripciones de un año y dos años no rigen el caso, cuando hay vale ó escritura pública reconociendo la obligación; ha debido decirse: «en los casos de los arts. 4032 y 4033, corre la prescripción, aunque se hayan continuado los servicios; pero no regirá esa prescripción, cuando haya habido ajuste de cuenta aprobada por escrito, vale ó escritura pública, ó hubiese mediado demanda judicial que no haya sido extinguida; en cuyo caso se observará lo dispuesto en el art. 4023»; así reformado, se habrá decidido la cuestión.

Pero veamos lo que dicen los que sostienen la opinión contraria. Laurent, XXXII, 168, dice: «se trata de saber si la interrupción de la prescripción tiene efecto sobre la duración de la misma. La cuestión sólo concierne á las cortas prescripciones; se pregunta si éstas tienen la misma duración que antes de la interrupción, ó si el tiempo cambia, de modo que la prescripción de corta que es, pasa á ser prescripción de treinta años». Sostiene que no, y agrega: «las cortas prescripciones tienen su razón en la naturaleza de la deuda, y ésta indudablemente no

indicar el artículo, sino que no es la de un año, ni de dos, sino la personal del art. 4023, que se extingue por diez y veinte años.

cambia porque la prescripción se interrumpa», sin embargo más adelante admite que habiendo novación, así como ha cambiado la naturaleza de la obligación, debe cambiar igualmente el tiempo necesario para la prescripción.

El Dr. Segovia, entre nosotros, combate igualmente la doctrina que sostenemos, apoyado en la opinión de Troplong, Marcadé, así como Aubry y Rau, á quienes aquél autor los coloca erróneamente como transigiendo con la doctrina de Troplong, cuando la apoyan en todas sus partes. Haremos notar que ambos autores parten de una base, con la que no estoy conforme. Tanto el art. 2274, Cód. Francés, como el nuestro, no exigen un nuevo título para que la prescripción de uno y dos años no tenga lugar; ni piden novación. El artículo del Cód. Francés, dice expresamente: «la prescripción *no corre*», y el nuestro: «la prescripción *dejará de correr*». ¿Cuándo no corre, ó dejará de correr? Eso es lo que debemos averiguar, y el artículo contesta: las prescripciones de uno y dos años *dejarán de correr* en los casos siguientes: 1º, cuando haya habido ajuste de cuenta aprobada por escrito; 2º, cuando haya vale ó escritura pública reconociendo la obligación; 3º, cuando haya mediado demanda judicial que no haya sido extinguida. ¿Quiere decir que la prescripción queda en suspenso, al expresar que no corre? No, evidentemente! El legislador ha querido decir, seguramente, que la prescripción de un año no es la que debe correr en esos casos, sino la ordinaria de diez y veinte años. Así, dicen Aubry y Rau, § 774, texto á las notas 77 y 78: «la interrupción de semejantes prescripciones no tiene por efecto el prolongar para el porvenir el lapso de tiempo en cuyo límite se cumplen, á menos que el acto interruptivo no haya al mismo tiempo operado novación *hoc sensu*, substituyendo al antiguo título del crédito un título nuevo, eficaz por sí mismo. Es lo que sucedería cuando la acreencia hubiera sido reconocida por sentencia, ó que constase por un acto separado en que se reconociera la deuda por el deudor; en ese caso estaría sometido á la prescripción de treinta años» y de diez y veinte años entre nosotros. Estos autores no transigen con la doctrina de Troplong, como se ha afirmado, porque la apoyan eficazmente, según resulta de la nota misma en que citan á Troplong, Marcadé, Zachariæ y Duranton.

Se responde, que si esto fuera así, no sería en virtud del art. 2274, Cód. francés; que la sentencia no es un título nuevo; que la escrituración tampoco lo es; pero á eso se podría contestar que eso es levantarse contra el texto mismo del artículo que así lo dice. Es un título nuevo, no



Prescribese igualmente por un año, la responsabilidad civil que se contrae por la injuria ó calumnia, sean las injurias verbales ó

por la causa de deber, sino por el instrumento. Cómo! ¿No sería acaso un título nuevo el pagaré que recibiese un abogado por sus honorarios? ¿Se le continuaría aplicando la prescripción de dos años á ese pagaré? ¿No sería un título nuevo el del almacenero á quien se le firmara una letra por los efectos consumidos? La causa de deber es la misma; pero el legislador no la toma en cuenta, y con razón; porque de una deuda que sólo constaba verbalmente, se la ha convertido en una escrita que entra en las obligaciones personales ordinarias. Finalmente, se niega que Pothier apoye esta doctrina; pero nos bastaría citar sus palabras para convencernos del error, dice en el n° 711, Oblig.: «estas prescripciones de seis meses y un año no tienen lugar: 1°, cuando la acreencia se ha establecido por un acto escrito, sea ante notario, sea bajo firma privada; tal es, por ejemplo, una obligación del deudor por un acto ante notario, ó una promesa bajo documento privado, ó en fin, un arreglo de cuentas bajo una memoria que contenga los suministros ó sobre el diario de un comerciante, firmado por el deudor...» Este es el sentido de la ordenanza de 1673, que dice: «queremos que lo contenido tenga lugar, si no es que antes del año ó los seis meses, haya habido un arreglo de cuentas, cédula ú obligación ó contrato. En este caso la acreencia está sujeta á la prescripción de treinta años. En segundo lugar, estas prescripciones *no tienen lugar*, si han sido interrumpidas por una demanda en justicia, intentada antes que el tiempo de la prescripción hubiese expirado». Como se habrá notado, Pothier, con esa claridad que le caracteriza, dice que las prescripciones de seis meses y un año no tienen lugar, en vez de usar de la expresión de que se sirve el Cód. Francés y el nuestro, de que esas prescripciones «dejarán de correr». Se comprende perfectamente que no tengan lugar esas prescripciones, porque hay documentos escritos, pero no que no corran. Ahora bien, como lo reconocen todos los autores franceses, este ha sido el fundamento del art. 2274, Cód. Francés. Por último, Duranton, XXI, 412, olvidando los términos de que se vale Pothier, dice: «la prescripción no cesa de correr sino cuando hay cuenta arreglada, cédula (ó reconocimiento), obligación ó citación ante la justicia, no extinguida. Entonces sólo tiene lugar la prescripción de treinta años. Se entra, pues, en el derecho común, y por consiguiente esta nueva prescripción no corre contra los menores ó incapaces bajo curatela. Se opera una especie de novación del derecho del acreedor, no en el sentido que el privilegio que podía tener se extinga por esto, porque seguramente no se opera la extinción, si el tiempo determinado por la ley

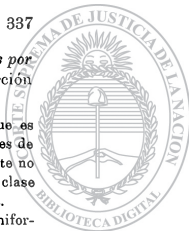


escritas, como también la reparación civil por daños causados por animales ó por delitos ó cuasi-delitos (art. 4037), y esta acción

para la especie de privilegio de que se trata no ha corrido, pues que es siempre la misma acreencia, sino en el sentido que las condiciones de la prescripción se han cambiado totalmente»; lo que por otra parte no debe causar extrañeza, porque una cosa es el privilegio anexo á una clase de acreencia, y otra la prescripción á que estuviere sujeta la misma.

Hemos hecho todas estas transcripciones, para demostrar la uniformidad de los autores franceses al interpretar el art. 2274 del Cód. Napoleón, entendiendo todos que la expresión de que «no corre la prescripción», equivale á la de Pothier, de que «esa prescripción no tiene lugar», y que la deuda es la misma; pero lo que cambia es el título que la comprueba, y la prescripción á que está sujeto el nuevo título. Cuando sólo existía la deuda por el servicio prestado, sea por el abogado, médico, etc., ésta se prescribía por dos años; pero cuando el deudor ha otorgado un documento obligándose á pagar tal cantidad por esos servicios, la deuda es la misma, es cierto, no ha cambiado, pero han variado las condiciones de la prescripción; á ese documento escrito no se le puede aplicar una prescripción de dos años, sino la de diez y veinte. El error está en considerar el origen del crédito, confundiendo la forma como se prueba y hace constar; por eso mismo se encuentra sometido á una prescripción diferente; así, una letra de cambio por dinero prestado, que se renueva con un documento no endosable, tienen ambos la misma causa de deber; pero están sujetos á prescripciones diferentes, impuestas á la forma con que se hace constar, ó sea el título externo. Me he detenido en este estudio, saliendo de los límites trazados, para desvanecer un error que haría un gravísimo daño si se siguiera la doctrina que he combatido. — Comp. BAUDRY LACANTINERIE y TISSOT, 733 y 741 y sig. — Véanse arts. 1099, 1100, 3986, 3987 y 3989.

(**Art. 4037.**) Este artículo ha sido formado con la primera parte del art. 1976, de Goyena, y el art. 3501, Cód. de Luisiana. La primera parte, que comprende la injuria y la calunnia, es una acción personalísima de aquellas que no pasan á los herederos, cuando el injuriado no la ha intentado durante su vida, por cualquiera causa; pero no se la debe confundir con la acción que tienen los herederos para pedir la revocación del legado ó la donación por causa de ingratitud, que pasa á los herederos, según el art. 1864; porque entonces no persiguen los daños y perjuicios que la injuria pudo producir, sino la revocación de un acto por causa de ingratitud.





debe comenzar á correr desde que se conoció la injuria ó el delito. Cuando se tratare de delitos que confieren acción pública para acusar, el perdón del ofendido no puede detener la acción pública que es completamente independiente.

En cuanto á la acción para demandar los daños y perjuicios causados por los delitos ó cuasi delitos, se prescribe también por un año, independiente de la acción penal que puede tener una vida más larga, y que, á mi juicio, debe tenerla, pues se trata de resguardar y defender á la sociedad cuya moralidad se ha ultrajado, y su acción para perseguir al culpable no debe estar en la mano de los particulares, á quienes les es permitido perdonar la ofensa. desinteresándose; pero cuyo perdón no debe influir en la prosecución de la acción social. No hay razón para dar la misma vida á la acción civil que á la penal, porque tienen intereses completamente diferentes, y sería confundir el daño particular con el social. Así, en mi opinión, el Código Penal no debe armonizarse con el Civil en este caso. Alentemos en los particulares el perdón de las ofensas, que es noble y digno según el cristianismo, pero dejemos á la sociedad que se defienda contra estos actos punibles que, de no ser castigados, traerían un gravísimo daño á la sociedad, pues la impunidad alienta el crimen.

La acción civil para demandar los daños y perjuicios, debe comenzar á correr desde que el damnificado ha conocido el hecho, así como la persona del ofensor, porque antes no ha estado en actitud de pedirlos. No debemos olvidar que la acción civil, por los delitos, se puede intentar por los herederos, como en el caso de la injuria hecha á la memoria del difunto, de que hablamos en el art. 4034. Goyena, concluye la primera parte, diciendo: «desde que lo supo el agraviado», y el art. 1677, Cód. de Vaud, dice: «á contar desde el día en que se conoció el daño», expresión menos completa que la otra, porque bien pudo conocerse el daño sin saberse quién lo hizo. La supresión de esta última parte, hecha por el Dr. Velez-Sarsfield, no indica que haya rechazado el principio, como lo han supuesto los que sostienen en el artículo anterior, que no debe aplicarse la prescripción de diez y veinte años á las acreencias del art. 4035, que constaren en documento público ó privado. Muchas veces se observará que el Dr. Velez-Sarsfield suprime partes de un artículo copiado, ó por inadvertencia, ó porque ha creído que la expresión es clara, sin que esto altere en lo más mínimo la doctrina que en él se enseña. Así es como de una supresión no se puede deducir, sin otros antecedentes, que no se haya aceptado la doctrina del artículo copiado.

La renuncia de la acción civil por el daño causado por un delito no

Se prescribe también por un año, la obligación de responder al turbado ó despojado en la posesión, sobre su manutención ó reintegro (art. 4038); esta prescripción principia á correr desde que el

la hace extinguir, cuando hubiere varios interesados en reclamarlo; pero se extinguirá por completo, si el mismo damnificado, con capacidad para renunciarla, la hubiere perdonado.

Se debe separar cuidadosamente la acción para reclamar el daño, de la que corresponde para pedir la devolución de las cosas sustraídas y que han sido la causa del delito; porque se prescribirá, por ejemplo, por un año la acción para reclamar los daños y perjuicios causados por el robo; pero no la cosa robada que puede demandarse con independencia de esta acción.

Y aquí debemos hacer notar la equivocación evidente de la nota al art. 4023, donde se dice: «que la acción civil para pedir los daños y perjuicios causados por un delito ó cuasi delito, se prescribe por diez años». Es un error de copia, y como tal se debe tomar, pues se prescribe por un año.— Véanse arts. 1067, 1089, 1090, 1096, 1124 y 4023.

(Art. 4038.) No se trata en este artículo del tiempo porque se prescribe la acción posesoria, como algunos lo han creído, sino de la obligación que tiene el propietario de responder por las turbaciones de hecho ó de derecho que sufra aquel á quien ha entregado la cosa por contrato, sin enajenarla, para que la use. Si fuera turbado ó despojado de la cosa, tiene derecho para demandar al que se la entregó para que lo haga mantener en la posesión ó lo haga reintegrar si la hubiere perdido. Es cierto que esta prescripción se armoniza con la disposición del

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4037. — L. 22, Tit. 9, Part. 7^a. — Véase Goyena, art. 1976.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4037. — El término de la prescripción empieza á correr desde la fecha en que el acreedor tuvo conocimiento de los hechos que produjeron el daño, y la acción entablada después de un año de tenido ese conocimiento, está prescripta. — LVI, 428.

El término de la prescripción empieza á contarse desde que el damnificado tuvo conocimiento del delito ó hecho ilícito que causó el daño. — LVI, 441.

La acción por daños fundada en la responsabilidad emergente por derecho, de actos culpables de dependientes, no probándose que ha mediado reconocimiento, se prescribe por el término de un año. — L, 13.

Las disposiciones del Código Civil, relativas á la prescripción de las acciones procedentes de delitos, sólo rigen cuando son deducidas ante los jueces en lo civil, al solo objeto de las reparaciones concedidas al damnificado, y no cuando forman parte y son un incidente del juicio criminal, instaurado para la represión del delito que les da origen. — XXIII, 109.





despojo ó la turbación tuvo lugar, aunque el despojado ignorase el hecho por haberse realizado en su ausencia ó en la persona del que representase al propietario. Es que el poseedor anual, de cualquier modo que hubiese obtenido la posesión, no tiene la obligación de responder y debe ser protegido; para esos casos rige la máxima: el poseedor posee porque posee.

§ 1095. — DE LAS PRESCRIPCIONES DE SEIS, TRES Y DOS MESES

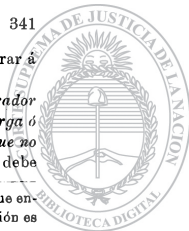
Se prescribe por seis meses, la acción de los propietarios ribereños para reivindicar los árboles y porciones de terrenos, arrancados por la corriente de los ríos (art. 4039), y la prescripción co-

art. 2493, que señala á la acción de despojo la duración de un año; pero de eso no se infiere que sea la misma, sino simplemente que siendo el tenedor el representante del propietario, el despojo realizado en la persona de aquél, priva á éste de deducir la acción posesoria correspondiente, si ha dejado vencer el año desde que el despojo tuvo lugar. ¿Cómo podría defenderlo en la posesión, cuando el despojante ha poseído la cosa durante un año? Sólo le queda la acción petitoria demandando la propiedad en juicio ordinario, y por eso el legislador ha declarado prescripta la acción para demandar al obligado. La ley 3, tit. 8, lib. 11, Nov. Rec., disponía que el poseedor de una cosa por un año y un día, con título y buena fe, no estaba obligado á responder de la posesión; pero nuestro Código suprimió la buena fe y el justo título, para exigir únicamente la posesión anual, siempre que no sea precaria, violenta ó clandestina, art. 2473.

Los interdictos, son recursos concedidos para proteger la posesión y se fundan en el interés social, para que el orden público no sea turbado, y la justicia menospreciada, sólo se conceden por un año, y por esa razón los derechos que ellos protejen con relación al propietario ó al que tiene la obligación de mantener en la posesión tranquila de la cosa, deben extinguirse en ese tiempo.

El artículo fué corregido por el Congreso, cambiando la palabra *reintegrar*, por la de *reintegrar*. — Comp. GOYENA, art. 1976, n° 2, y Cód. de Luisiana, arts. 3419 y 1501. Cód. de Proc. Francés, art. 23.— Véanse arts. 2456, 2478, 2493, 2494, 3984 y 3985.

(**Art. 4039.**) Los propietarios ribereños que por una fuerza súbita del río vieran acrecer á sus terrenos, plantas, arenas ú otras cosas sus-



menzará á correr desde que el hecho tuvo lugar, sin esperar á que el propietario haya conocido la pérdida sufrida.

Se prescribe también por seis meses, la acción del comprador para rescindir el contrato, ó pedir indemnización de la carga ó servidumbre no aparente que sufra la cosa comprada, y de que no se hizo mención en el contrato (art. 4040); esta prescripción debe

ceptibles de una adherencia natural, pueden ser demandados para que entreguen esas cosas por aquellos á quienes pertenecieren, y esta acción es la que se prescribe por seis meses; pero este derecho no se puede ejercer, cuando las cosas desprendidas del terreno por avulsión se adhieran naturalmente al terreno vecino, formando un todo homogéneo; en ese caso no hay prescripción que alegar, el dueño del terreno al que se han adherido naturalmente las adquiere inmediatamente, como si por la violencia de la corriente se hubiera desprendido un pedazo de terreno, llevando árboles, y fueran á adherirse á alguno de los reberanos, formando parte del terreno de éstos.

Quando se tratare de cosas que aun no se han adherido, el dueño del terreno á donde han ido, puede obligar al propietario de los objetos á que los recoja ó declare que los abandona, porque el dueño del terreno á donde la fuerza de la corriente los hubiera llevado, no tiene por qué tenerlos esperando los seis meses de la prescripción. Así, dice el art. 2585: no queriendo reivindicarlos antes que se adhieran al terreno en que las aguas los dejaron, el dueño del terreno no tendrá derecho para exigir que sean removidos, á costa del dueño; lo que quiere decir que puede abandonarlos sin que responda por los perjuicios, desde que se trata de un hecho extraño que no ha dependido de su voluntad.— Véanse arts. 2583 á 2585, y mi comentario á dichos artículos.

(Art. 4040.) El presente artículo indica las vacilaciones del Dr. Velez-Sarsfield al imponer como regla de derecho civil, el cumplimiento del contrato, desechando la del derecho comercial en el que se sobreentiende estipulado el pacto comisorio, dejando en libertad al que ha querido cumplirlo para demandar los daños y perjuicios. ¿Cómo es que en derecho civil puede regir una regla diametralmente opuesta á la de derecho comercial, tratándose del mismo contrato? ¿Por qué el contrato variará fundamentalmente por el sólo cambio de la persona, autorizando al comerciante para resolverlo, y negándole ese derecho al que no lo es? Por eso hemos sostenido en los arts. 1203 y 1204 que se debe volver á

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4039. — Véase la L. 3. Tit. 8. Lib. 11, Nov. Rec.



comenzar á correr desde que tuvo conocimiento de la carga oculta, dejando de ese modo incierto el contrato, lo que es un gravísimo inconveniente.

Se prescribe por tres meses, la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compra y venta; y la acción para que se baje

la regla de que el pacto comisorio debe sobreentenderse en todos los contratos, y ésta es una de las reformas exigidas imperiosamente por la rapidez de las transacciones, á fin de no causar los perjuicios que trae consigo la regla contraria del art. 1204.

Así, pues, el artículo establece una excepción cuando autoriza á rescindir el contrato de venta, si la cosa vendida tuviera una servidumbre no aparente ó una carga de que no se hubiese hecho mención en el contrato, en ese caso el comprador puede demandar la rescisión, ó el cumplimiento de éste con la indemnización correspondiente. Pero como es una disposición excepcional contraria á la regla establecida en el art. 1204, debemos limitarla al caso del artículo; sin embargo, en los casos del art. 1345, cuando la diferencia fuese de un vigésimo del área total designada por el vendedor, ó cuando hubiere aumento de precio, art. 1347, en que puede pedir el comprador la disolución del contrato, como es una acción personal no se prescribirá por seis meses, sino por diez ó veinte años. Lo mismo sucederá en los casos de evicción, el vencido tiene una acción personal para reclamar el precio de la cosa y los daños y perjuicios, por diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Recuérdese que el presente artículo sólo se limita á la acción de rescisión ó indemnización por los daños y perjuicios causados por la carga oculta, y que no comprende el caso del art. 2108, cuando se demandase al adquirente el ejercicio de una servidumbre, ó cuando fuera turbado en la posesión de la cosa. En el primer caso la acción es de evicción y está obligado á defenderlo en el pleito, ó á pagar los perjuicios si fuere vencido, y en el segundo, la acción se prescribiría por un año con arreglo al art. 4038, á cuyo comentario nos referimos.

¿Desde cuándo debe contarse el tiempo para la prescripción? Como se trata de una carga no conocida ó de una servidumbre no aparente, la lógica y los principios exigen que debe comenzar desde que llega á conocimiento del comprador.—Véanse arts. 1204, 2103, 2104, 2125, 2126, 2174, 3513 y 4041.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4040. — La acción de reducción en el precio por defecto de continencia en la cosa vendida, no está sujeta á la prescripción. — LX, 51.

del precio el menor valor por el vicio redhibitorio (art. 4041); esta prescripción se contará desde que el contrato se realizó, si el vicio es aparente, ó desde que éste se conoció cuando fuera oculto.

Se prescribe por dos meses, la acción del marido contra la legitimidad del hijo, concebido ó dado á luz por su mujer, durante el

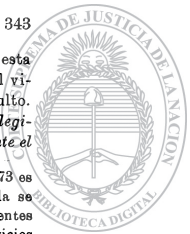
(Art. 4041.) La acción redhibitoria concedida por el art. 2173 es por los vicios ó defectos ocultos de la cosa comprada, cuando nada se hubiera estipulado en el contrato; pero cuando los vicios son aparentes ó en el contrato constase que el vendedor no respondiera por los vicios ocultos, la acción no existiría. El comprador tiene dos acciones, una que es la acción redhibitoria propiamente dicha, para dejar sin efecto el contrato, y la otra la de *quantum minoris*, para pedir se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio. Esta prescripción comenzará á correr desde que el vicio se hubiera hecho aparente ó fuera conocido del comprador. Es evidente que pasado el término de tres meses, si el comprador dedujera cualquiera de las dos acciones, tendría obligación de demostrar que el vicio recién llega á su conocimiento, por haber estado oculto.

Se prescribe igualmente por tres meses la acción para demandar los daños y perjuicios por no haber cumplido el contrato de préstamo oneroso, según el art. 2244.

Nuestro Código ha disminuído el término para la prescripción, separándose de los que le han precedido, y me parece que no ha tenido razón para acordar un plazo tan angustioso. Por el derecho romano se concedían seis meses para la acción redhibitoria y un año para la *quantum minoris*, tiempo que adoptó la ley 65, tit. 5, Part. 5ª. El Cód. de Luisiana, arts. 2512 y 2521, señala un año desde el día de la venta, disposición que me parece más acertada, porque no deja en la incertidumbre al vendedor, que habiendo comprado á su vez la cosa necesita tener una seguridad de que no se pedirá la rescisión del contrato una vez pasado ese término. Se trata de defectos ocultos de una cosa que se usa, y me parece que el término de un año debiera bastar para asegurar la estabilidad del contrato. Cuando se reforme el Código propondría el término de un año, á contar desde el contrato.—Véanse arts. 2174, 2175 y 4040.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4041. — Improbado el dolo del vendedor, procede la excepción de prescripción de la acción redhibitoria opuesta en 2ª instancia, resultando de autos justificados los extremos en que se apoyaba. — XL, 22.

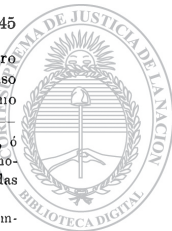
La prescripción se rige por la ley nueva, sólo cuando á partir de su imperio se ha llenado el tiempo exigido por ella para su continuación. — LIII, 275.



matrimonio (art. 4042); esta prescripción sólo principiará á correr desde que el marido tuvo conocimiento del parto, y los he-

(**Art. 4042.**) Como lo dijimos en el art. 254, no se debe confundir la acción de desconocimiento, que tiene únicamente el marido que se ha casado con una mujer embarazada, y que sólo pueden seguir los herederos cuando aquel mismo la hubiere intentado durante su vida, de aquella en que el hijo fué concebido durante el matrimonio, y que el marido desconociera la legitimidad del hijo por haber sido imposible el acceso con su mujer, ó por cualquiera otra causa. La primera acción, si el marido ha fallecido sin hacer reclamación alguna, los herederos no pueden desconocer la legitimidad del hijo que fué concebido fuera de matrimonio y ha nacido dentro de él; la segunda, pueden deducirla siempre que el marido hubiera fallecido dentro de los dos meses, ó más bien dicho, sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento del parto. En cuanto á la acción que tiene el marido y sus herederos para contestar la legitimidad del hijo, por no existir matrimonio, ó por ser nulo, ó haberse anulado, á que se refiere el art. 257, que es completamente diferente de la comprendida en el artículo que estudiamos, los dos meses acordados por el art. 258, sólo comenzarán á correr desde el día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del que llama su padre. Esta acción pueden deducirla los herederos, aunque el marido no haya intentado demanda. Así, pues, se deben distinguir estos tres casos: 1º, cuando el hijo hubiera sido *concebido fuera* de matrimonio y naciera *dentro* de él antes de los ciento ochenta días de su celebración, art. 253; esta acción sólo puede deducirla el marido, porque él tiene el secreto del nacimiento anticipado, con esta particularidad, que ni él mismo puede desconocer la legitimidad del hijo, cuando se casó conociendo el embarazo de su mujer, ó si permitió se diera al hijo su nombre; 2º, cuando se tratare del hijo *concebido* y nacido dentro del matrimonio, art. 254; para este caso de desconocimiento, rigen los sesenta en que puede reclamar, desconociendo la legitimidad, y el término se contará desde que tuvo conocimiento del parto; á este caso alude y comprende el artículo que estudiamos; 3º, finalmente, cuando se negase la legitimidad del hijo, por no existir matrimonio, ó por ser nulo, ó haberse anulado, art. 257, en que los herederos tienen dos meses para contestar la legitimidad, plazo que sólo se contará desde que el hijo haya tomado posesión de los bienes del que llama su padre, art. 258; esta acción no se extinguirá por el reconocimiento del padre, pues éste, por su sola voluntad, no puede crear una legitimidad, que sólo da el matrimonio. Es cierto que el art. 258, dice en su última parte que, no hay lugar á de-





rederos podrán deducirla cuando éste hubiera fallecido dentro del término para hacer la reclamación; se exceptúa el caso del art. 258 en que, si el marido ha fallecido, los herederos no

manda cuando el padre hubiera reconocido al hijo en su testamento, o en otra forma; pero eso se refiere á los casos en que hubiere matrimonio válido, y el hijo hubiere nacido dentro de él, dando lugar á dudas ese nacimiento.

¿Qué se decidirá en esta colisión de disposiciones, y cuál es el tiempo que se adoptará para la prescripción? El art. 254 dice, que la acción dura sólo *sesenta* días, mientras el que estudiamos dice dos meses. Supongamos que la acción corre desde Febrero con 28 días y continúa con Marzo, formando 59 días, y se deduce el 1° de Abril, pasados los dos meses, pero dentro de los sesenta días; por el contrario, la acción corre desde el 1° de Julio y concluye el 31 de Agosto, estando dentro de los dos meses, autorizados por este artículo, pero formando 62 días, y excediendo de los 60 acordados por el art. 254. Un autor argentino salva la dificultad, diciendo que, siendo este artículo una repetición del 254, uno de los dos ha podido suprimirse. ¡Ingeniosa interpretación! Entre dos disposiciones que señalan la duración á la misma acción, la una, acordándole 60 días, y la otra, dos meses, se debe estar á la que determina el plazo de un modo inequívoco, porque se supone que el legislador, al señalar 60 días para deducir la acción especial, viniendo después á indicar que esa acción se prescribe por dos meses, se ha referido á los meses que tienen 30 días; así, pues, no se perdería la acción que corriera desde Febrero con 28 días y Marzo con 31, si se entablara el 1° de Abril, y se habría perdido, si corriendo desde el 1° de Julio, se entablara el 31 de Agosto que son 62 días.

Debe tenerse presente, que la única acción personalísima y que sólo corresponde al marido, sin que los herederos puedan deducirla si ha muerto sin hacer reclamación alguna, es la del nacido antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio.—Véanse arts. 253 á 258, 261 y 322.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4042. — El término de dos meses que la ley fija al marido ó á sus herederos para desconocer la paternidad, es sólo aplicable á los hijos, que habiendo nacido en términos hábiles durante el matrimonio, se reputan ser del marido y se les presume legítimos; cuando el desconocimiento reconoce otras causas, el término es imprescriptible, tanto para ellos cuanto para los terceros cuyos derechos pueda afectar el reconocimiento tácito ó la ignorancia de los hechos que demuestran la existencia de una usurpación del estado civil. — Jur. Civ., X, 97, Ser. 2°.

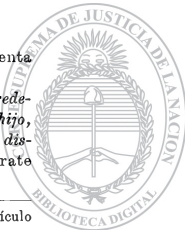
pueden desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días del matrimonio.

Se prescribe igualmente por dos meses, la acción de los herederos del marido para reclamar contra la legitimidad del hijo, cuando el marido hubiese muerto sin hacerlo en el tiempo que dispone el artículo anterior (art. 4043), y siempre que no se trate de una acción personalísima, como la del art. 258.

(Art. 4043.) La acción de los herederos á que se refiere este artículo comprende estos dos casos: 1º, cuando el hijo ha sido concebido dentro del matrimonio, y nacido durante él, en que el padre puede desconocerlo dentro de los sesenta días de conocido el parto, y de que habla el art. 254; esta acción pueden intentarla los herederos cuando el marido ha fallecido dentro del tiempo para reclamarla; de modo que si murió ignorando el nacimiento del hijo, los herederos tendrán derecho para deducirla; 2º, la acción que tienen los herederos para desconocer la legitimidad del hijo, por no existir matrimonio, ó ser nulo ó haberse anulado, art. 257; en cuyo caso tienen dos meses, y no los sesenta días del art. 254; los dos meses en este caso comenzarían á correr desde que el hijo tomó posesión de los bienes, art. 258. Esta acción sólo tiene por objeto privar de los bienes al que se dice hijo legítimo, de modo que si no los reclama, no podrán desconocerlo los herederos que los recibieron.

No es exacto, como algunos sostienen, que para deducir las acciones de desconocimiento de la legitimidad en el caso del art. 254, sea necesario que el padre haya muerto después de entablada la demanda, porque no es una acción personalísima, bastará que á su fallecimiento haya conservado su derecho para desconocer al hijo, ese derecho pasa á sus herederos; el único caso en que necesitan de la demanda del padre, es cuando el hijo hubiese nacido antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio.

En cuanto á la cuestión de saber, si importa una prescripción la de los arts. 3885 y 3895, en que se pierde la acción por un mes, creo como Zachariæ, que hay prescripción liberatoria desde que el derecho se extingue.—Véanse arts. 253, 254 á 258 y 261. *



TÍTULO COMPLEMENTARIO

DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES NUEVAS

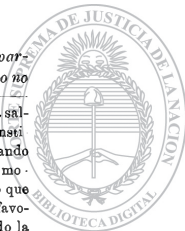
§ 1096.—DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES NUEVAS

Las leyes nuevas pueden venir á derogar una disposición contraria, ó á estatuir sobre puntos no legislados; en el primer caso, el legislador siempre respeta los contratos ó actos jurídicos verificados bajo la antigua legislación, porque han producido derechos adquiridos que debe respetar; sin embargo, cuando el interés público lo exige, puede alterar esos derechos dando efecto retroactivo á esas leyes; como ha sucedido con las leyes de curso forzoso, porque el Congreso no tiene limitación constitucional sino con respecto á las leyes penales, pues nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Cuando dicta leyes sobre puntos no legislados anteriormente, debe respetar igualmente los hechos consumados, sobre todo en lo que respecta á las leyes prohibitivas, pues el individuo al verificar un acto, está protegido por la máxima de derecho constitucional, de que nadie puede ser obligado á hacer lo que no manda la ley, ni puede ser privado de lo que ella no prohíbe. La actividad humana no tiene más límite que la prohibición, ó el respeto á las buenas costumbres que son especies de leyes que conservan las sociedades.

Así, pues, cuando el **art. 4044** dice: *las nuevas leyes deben*

(**Art. 4044.**) La aplicación de las nuevas leyes se liga íntimamente con la teoría de la no retroactividad, que sólo está incorporada á nuestro Código Civil, como una ley ordinaria que el Congreso puede alterar,





ser aplicadas á los hechos anteriores, cuando sólo priven á los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no

cuando las circunstancias especiales de la Nación lo exigieran, para salvaguardar los grandes y vitales intereses de la comunidad. La Constitución Nacional, sólo ha puesto un límite á las leyes penales, ordenando que nadie puede ser penado sino mediante una ley en vigor en el momento de cometerse el acto punible, y la jurisprudencia ha admitido que se aplique la ley nueva á los hechos ejecutados antes, cuando fuera favorable á los intereses del que está sufriendo una condena, porque siendo la sociedad la perjudicada con el delito, si ella considera suficiente una pena menor de la aplicada anteriormente por la ley en vigencia, no sería equitativo que continuara sufriendo la pena mayor, cuando el que ha cometido el mismo delito, sufre una menor. Nosotros debemos incorporar en nuestra ley constitucional el principio de la no retroactividad, como una conquista de la actual civilización, que no debe permitir se alteren los derechos adquiridos; hasta que la constitución no haya incorporado ese principio, limitando así las facultades del Congreso, éste podrá dictar leyes retroactivas dándoles expresamente ese efecto; mientras eso no suceda, la regla del art. 3, de que las leyes no tienen efecto retroactivo, es únicamente para los tribunales, que al aplicarlas no pueden darles ese efecto. Después de estas consideraciones generales, estudiemos la disposición bajo los diversos y variados aspectos que abraza el principio, de que las leyes nuevas deben aplicarse á los hechos anteriores, cuando sólo priven á los particulares de derechos en expectativa; pero no respecto á los adquiridos.

Podemos sentar como un principio general en esta difícil materia, que la ley nueva debe aplicarse á los hechos anteriores, cuando no resulte perjuicio alguno; por el contrario no deberá aplicarse cuando destruya ó cambie los efectos que el acto ha producido. Apliquemos estos principios.

Una ley nueva sobre la ciudadanía, por ejemplo, que exigiera mayor tiempo para adquirirla, no se aplicaría á los que son ciudadanos naturalizados, porque se trata de un hecho consumado que nadie puede alterar. Lo mismo sucedería con el matrimonio, la ley nueva que impusiera, so pena de nulidad, nuevas formalidades, no alcanzaría á los matrimonios celebrados antes, que serían válidos; pero en cambio, si el matrimonio estuviera por celebrarse, ó si la carta de ciudadanía se tramitara, quedaría sujeta á la nueva ley, porque esos preliminares no importan un derecho adquirido.

Cuando se tratare del reconocimiento de un hijo natural, que se

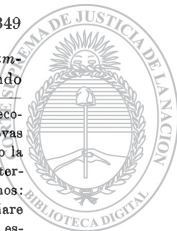
pueden aplicarse á los hechos anteriores, cuando destruyan ó cambien derechos adquiridos; quiere expresar esta idea: que cuando

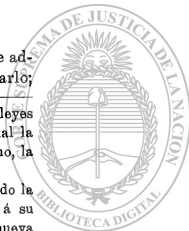
hubiera efectuado bajo una forma autorizada por la ley en vigor, ese reconocimiento no quedaría sin efecto, porque la nueva ley exigiera nuevas formalidades; pues se trata de un hecho consumado. Pero si bajo la ley en vigencia se autorizara la investigación de la paternidad ó maternidad, y viniera una nueva ley que la prohibiera, distinguiríamos: si la investigación se hubiese hecho y la sentencia se pronunciare declarando al reclamante hijo natural, ese hecho no podría anularse, estaría protegido, indudablemente, como un derecho adquirido; si la acción se hubiera deducido y puesto en ejercicio durante la vigencia de la ley que permite la investigación, mi opinión es que no puede continuarlo, porque no se trata de un hecho consumado, no está la sentencia que lo haya consagrado, es una mera expectativa que la ley ha podido modificar. Así, como en el caso del matrimonio no celebrado, aunque se hubieren llenado las formalidades exigidas por la ley en vigencia, la ley nueva puede alterarlas si el hecho no ha tenido lugar, del mismo modo la investigación comenzada no puede continuarse bajo la nueva ley que la prohíbe. De esta opinión es Merlin, Rep. XVI, pág. 253, y en las *Cuestiones de Derecho*, IV, pág. 92, aunque él va más lejos, y no lo acompaña en sus conclusiones.

Supongamos que la ley nueva cambia las condiciones del matrimonio, ó de la potestad marital ó de la patria potestad, ¿se aplicará á los casados y á la patria potestad de los matrimonios que existían antes de la promulgación de la ley?

La potestad marital, es cierto que es un efecto del matrimonio, y si la nueva ley sometiera al marido á la potestad de la mujer, no se aplicaría á los matrimonios celebrados; pero tratándose de las facultades más ó menos extensas, como esas facultades no han sido el objeto determinante del matrimonio, resultaría que estarían sujetas á la nueva ley; lo mismo se puede decir sobre la patria potestad, que la ley puede aumentar ó disminuir, á los padres que se casaran bajo una legislación que los autorizaba para tales ó cuales actos. Lo que los esposos han querido al celebrar el matrimonio, es dar una consagración legal á los vínculos con que se han unido, dejando al legislador la facultad de alterar las consecuencias como crea más conveniente para la sociedad, siempre que respete los actos consumados.

Téngase presente que tratándose de las convenciones matrimoniales, como que son actos concluidos, no pueden ser alterados por las nuevas leyes; pero sí, con relación á las facultades que las leyes antiguas les





un individuo ha ejecutado un acto con el objeto exclusivo de adquirir un derecho obligando á otro, la nueva ley debe respetarlo;

conferían para ejecutar tales ó cuales actos; así, por ejemplo, las leyes actuales permiten á la mujer reservarse en el contrato matrimonial la administración de algún bien; si se hubiera reservado ese derecho, la nueva ley puede privarle de esa administración.

En cuanto á la mayor ó menor edad, nuestro Código ha aceptado la teoría de Duvergier que deja al legislador la facultad de alterarla á su voluntad, reconociendo los hechos consumados, de modo que la ley nueva puede reducir á la menor edad á los que eran mayores; por mi parte creo más conforme con los principios la teoría de Savigny, que considera á la mayor edad como un derecho adquirido.

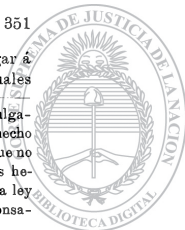
Supongamos que la ley nueva declara como bienes muebles cosas que por la antigua eran consideradas como inmuebles. ¿Se aplicaría la ley nueva, á los matrimonios celebrados bajo una legislación que declarara comunes los bienes muebles? Haría, por mi parte, una distinción: los bienes muebles adquiridos hasta el momento en que se dicta la nueva ley, continuarán siendo comunes, porque se trata de actos consumados que no pueden alterarse; pero con relación á los que se adquirieran en adelante, regirá la nueva ley. Supongamos que se tratase de un testamento en que se legaren á una persona todos los muebles y á otra los inmuebles, y la nueva ley viniera á convertir los muebles en inmuebles. ¿Se aplicaría la ley nueva, privando al legatario de los muebles dejados? Así lo han sostenido algunos autores franceses, diciendo: el testamento es un acto revocable, y como el testador ha sobrevivido á la nueva ley, sin cambiar sus disposiciones, los muebles pertenecerán al legatario de los inmuebles. ¿Pero qué ley obliga al testador á cambiar su testamento? Si la nueva ley no podría aplicarse cuando el testador hubiera perdido su capacidad de testar y no pudiera alterar su testamento, ¿por qué perdería el legado, cuando la intención del testador, en el momento de hacerlo, era dejarle los muebles, según la ley de la época en que lo hizo? ¿De qué se trata?, pregunta Demolombe. «De interpretar ó conocer la intención de las partes. Para esto es necesario conocer la significación de los términos empleados, y para conocer esta significación está el diccionario, que es la ley de la época en que el acto ha tenido lugar, y no un diccionario hecho veinte ó treinta años después, cuando se ha cambiado la acepción de las palabras, y que las partes no han podido adivinar». En mi opinión, la voluntad del testador, expresada claramente en la forma legal en el tiempo en que fué hecho, deberá prevalecer.

¿Qué diremos de la nueva ley que cambie el orden de las sucesiones?

pero si el acto es ejecutado para adquirir un derecho sin obligar á un tercero, ese derecho que la ley le confiere bajo tales ó cuales

Se debe distinguir: si la sucesión se ha abierto antes de la promulgación de la nueva ley, se regirá por la ley antigua, bajo la que el hecho tuvo lugar; porque la nueva sólo somete á su imperio los hechos que no se han cumplido aun. Si se tratase de una sucesión futura, como los hechos no han tenido lugar, y cuando se realizan se encuentran con la ley nueva, ésta los rige en cuanto á los derechos sucesorios que ella consagra; pero no se debe aplicar á las consecuencias de los contratos.

Viene una cuestión muy importante en que las opiniones se han dividido. ¿Qué ley debe aplicarse á la colación entre los coherederos? Demolombe (I, 48), dice á este respecto: «en principio, me parece que la ley nueva, podría, sin retroactividad, reglar todo lo que concierne á la obligación de la colación en las sucesiones que se abren bajo su imperio. Es esta ley, en efecto, que defiere la sucesión; ella puede, desde entonces, imponer sus condiciones á los herederos que ella llama y que reciben de ella su título; á ellos les corresponde aceptar ó rechazar. Rigurosamente, pues, una nueva ley podría someter á colación una donación que hubiera sido dispensada por una ley en vigor, cuando fué hecha, y dispensar de una colación que estuviera sometida cuando se hizo. Creo, sin embargo, que esta regla no se debe seguir siempre. De que la nueva ley pueda lógicamente aplicarse, en todos los casos, á las donaciones anteriores, no se debe concluir que ha querido aplicarse y ha entendido regirlas. Será necesario, al contrario, consultar y comparar los términos de la donación entre vivos, la ley en vigor en la época en que fué hecha, y en fin la ley nueva, sus términos y su espíritu; y podrá resultar de esta combinación, la prueba de que la nueva ley no ha tenido la voluntad de regir las donaciones anteriores á su promulgación». De modo que según este autor, la regla de que la nueva ley pueda regir las colaciones, sin darle efecto retroactivo, no es en realidad tal regla, desde que habrá siempre que compararla con la ley en vigor en el momento de la donación. Supongamos, por ejemplo, una donación bajo la legislación actual: un padre entrega á uno de sus hijos la quinta parte de sus bienes, libertándolo expresamente de colacionar lo donado. Viene la nueva ley que ordena imperativamente que se colacionen todas las donaciones, aunque el disponente las hubiera dispensado. Según la teoría de Demolombe, la colación debe hacerse siguiendo la nueva ley, porque como dicen Aubry y Rau, «cuando una ley nueva impone la obligación de la colación, sin dejar al disponente la facultad de dispensar al donatario ó legatario, el cumplimiento de esta obligación forma la condición





condiciones que todavía no se han cumplido, cae bajo el imperio de la nueva ley, porque el derecho no se ha adquirido aun;

bajo la que el sucesible gratificado por el difunto, es admitido á tomar parte en la sucesión, y desde entonces la colación viene, sin retroactividad, á ser obligatoria para las liberalidades anteriores». Y la verdad de esta teoría se impone teniendo presente que la colación viene á tener lugar bajo el imperio de la nueva ley, que manda hacerla, porque la facultad de disponer de sus bienes en favor de los herederos forzosos está regida por la ley en vigor en el momento de su fallecimiento. Pero si suponemos al causante fallecido bajo el imperio de la antigua ley, que le permitía la dispensa de la colación, y al iniciarse la testamentaria se dicta la nueva que prohíbe en absoluto la dispensa, no se aplicará la nueva, porque la muerte del testador ha hecho irrevocable el testamento y los derechos que él confiere, que son regidos por la ley en vigor en ese momento.

En cuanto al monto de la cantidad disponible, se debe determinar por la ley en vigor en el momento de la muerte, porque es entonces que se opera la trasmisión de los bienes; pero cuando se trata de hechos irrevocables, que el causante hubiera ejecutado bajo la ley que se los permitía, deben regirse por la ley bajo cuyo imperio se realizaron, porque si aplicáramos la nueva ley, vendríamos á destruir derechos adquiridos, y le daríamos un efecto retroactivo. — Comp. MERLIN, *Rep.* V.º *Efecto retroactivo*, Sec. III, § 3, art. 6, n.º 5.

En cuanto á los medios de prueba, si bien en general deben regirse por la ley nueva, porque son leyes de orden público, sin embargo debemos hacer la distinción siguiente: si se tratase de obligaciones provenientes de contratos, ó que fueran impuestas por la ley, determinando el medio de prueba, se regirán por la ley antigua bajo cuyo imperio se contrajeron ó ejecutaron; si por el contrario, se tratase de hechos que pueden ejecutarse en el porvenir, se encontrarán regidos por la ley nueva; así, por ejemplo, un contrato que la ley antigua autoriza á probar por instrumento privado, y que una vez realizado, viene una nueva ley que sólo admite la prueba por instrumento público, se regirá por la ley antigua; pero una ley que autorizara á los hijos naturales á probar su filiación, por cualquier género de prueba, y viniera una nueva que sólo admitiera la posesión de estado, sería la nueva la que regiría la prueba; porque en aquél caso se ha producido un acto del que han nacido derechos de que las partes no pueden ser privadas, mientras en éste los hijos no han adquirido derechos.

Las leyes que suprimen en absoluto ciertos derechos, hieren por su

un ejemplo de este caso sería la prescripción, que comenzada por la posesión del que pretende adquirir la cosa, sin que se haya ad-

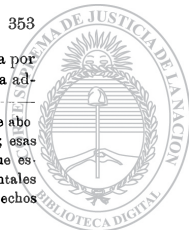
naturaleza los adquiridos anteriormente; como por ejemplo, las que abolieron la esclavitud, y las que declaran redimibles las capellanías; esas leyes tienen necesariamente que aplicarse. Entre vosotros, las que establecían los mayorazgos, la división de las casas en pisos horizontales y la enfiteusis, que han quedado abolidas, destruyendo los derechos adquiridos anteriormente.

Con respecto á los contratos, es un principio generalmente reconocido que se rigen por la ley en vigor en el momento de celebrarlo; pero examinemos el caso en que la ley nueva cambie las condiciones esenciales, la forma y modo de prueba y los efectos del contrato.

En primer lugar, si el contrato era válido según la ley en vigor en el momento de celebrarlo, ha creado derechos que las partes pueden reclamar, hay derechos adquiridos que la ley nueva no puede anular; si el contrato fuera nulo, también habría creado derechos para deducir esas nulidades. Si se tratase de las formas ó modos de prueba, la ley nueva no puede alterarlas en perjuicio de los contratantes, que han adquirido derechos para probarlos por los medios acordados por la ley bajo cuyo imperio se celebraron. En cuanto á los efectos del contrato, la nueva ley no puede regirlos, porque la voluntad de las partes ha sido de someterse á los efectos de la ley en vigor, y no á las que se dictaren en adelante.—Comp. MERLIN, *Rep.* 1.^o *Efecto Retroac.* CHABOT DE L'ALIER, *Cuestiones transitorias*.

De lo que dejamos expuesto resulta que el Congreso Argentino puede dictar leyes con carácter retroactivo, derogando en el caso ocurrente la regla del art. 3, que únicamente es para los jueces, como lo ha declarado la Suprema Corte Nacional, quienes al aplicar las leyes no deben darles efecto retroactivo, cuando la misma ley no consignara ese efecto. Las leyes penales no tienen efecto retroactivo cuando reagraven la pena, aunque el Congreso les señalare ese efecto, porque la Constitución nacional lo ha prohibido expresamente.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4044. — En la teoría de la no retroactividad de las leyes, es preciso no atender solamente al interés de los particulares. Debe siempre compararse las ventajas é inconvenientes del interés público y del interés privado. El interés privado, sin duda, es un punto de vista capital; pero también el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes á las antiguas, cuyos defectos van á corregir. La nueva ley deberá entonces ser aplicada aun á las conse-





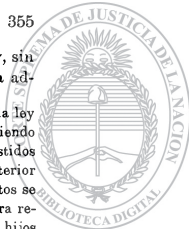
quirido aun, la nueva ley puede prolongar ó acortar el término, sin que el poseedor tenga derecho para quejarse, porque no le privan de un derecho adquirido. Pero el imperio de la ley nueva se manifiesta con más energía en las facultades que la ley confiere al individuo para ejecutar ciertos actos, y en que la persona nada ha hecho ni puede hacer para adquirir el derecho irrevocablemente, como sucede con las leyes que estatuyen sobre la mayor ó menor edad. El legislador respetando los actos celebrados de acuerdo con la legislación en vigencia, puede prolongar ó acortar la mayor edad, y esas leyes deben aplicarse inmediatamente porque los individuos no han producido acto alguno para apropiarse el derecho.

Las leyes nuevas deben aplicarse, aun cuando priven á los particulares de facultades que les eran propias, y que aun no hubiesen ejercido, ó que no hubiesen producido efecto alguno (art. 4045);

(Art. 4045.) Es necesario no confundir lo que es una facultad conferida únicamente por el ministerio de la ley sin que el individuo haya realizado acto alguno para apropiársela, de aquellas que también son concedidas por la ley, pero como consecuencias de los actos ejecutados, y aun entre estas mismas se debe tener en vista, si el acto ha tenido por principal objeto apropiarse del derecho ó adquirirlo, ó si ha sido una consecuencia eventual acordada por la ley, y que no ha tenido por objeto principal dicho acto. Así, por ejemplo, en el contrato de compra y venta, en que el comprador tiene por fin adquirir la cosa objeto del contrato con las seguridades de la evicción y de los vicios redhibitorios; la ley nueva no puede alterar las consecuencias de ese contrato sin herir los derechos adquiridos por los contratantes; pero en el matrimonio, que también es un acto que engendra derechos, pues confiere al marido el poder marital sobre la mujer y la patria potestad sobre los hijos, como esas facul-

tuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos.

Entendemos por derechos adquiridos los que están irrevocable y definitivamente adquiridos antes del hecho, del acto ó de la ley que se les quiere oponer para impedir su pleno y entero goce. Un derecho que puede ser revocado *ad nutum* por la persona que lo ha conferido, no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa. La ley nueva que lo encuentra en ese estado, puede tomarlo para regirlo á su voluntad: puede revocarlo ó modificarlo, pues que es revocable, y el poder de la ley abraza todo lo que no estaba irrevocablemente terminado antes de su publicación. Véase Demolombe, tomo I, n.º 40.—Chabot *Questions transitoires, verb. Droits acquis*.



porque esas facultades son conferidas únicamente por la ley, sin que el individuo haya producido un acto determinado para ad-

tades no han sido el objeto principal del contrato, de ahí es que la ley nueva se aplique inmediatamente á ellas, aumentando ó restringiendo ese poder. Son facultades que aun ejercidas por los individuos investidos por la ley, no pueden ejercerlas nuevamente, cuando una ley posterior al acto ejecutado ha venido á privarles de ellas. Estos razonamientos se pueden aplicar á las facultades que la ley confiere á los padres para reconocer, por ejemplo, á sus hijos naturales, ó la que acuerda á los hijos para investigar la paternidad ó maternidad. Si suponemos un padre natural de dos hijos, y que ha reconocido á uno de ellos en escritura pública, con arreglo á la ley que lo faculta para hacer ese reconocimiento, pero viene una nueva ley que sólo permite el reconocimiento hecho ante el juez del domicilio, no podrá reconocer al segundo hijo, sino en la forma establecida por la nueva ley. Del mismo modo, si suponemos que el primer hijo ha demandado el reconocimiento judicial y lo ha obtenido por sentencia, valiéndose de todo género de prueba, y después se dicta una nueva ley que restringe y limita esa prueba á la posesión de estado, como sucedió con la reforma del art. 325, que sólo permitió alegar esta prueba una vez muerto el padre, los otros hijos naturales, que no hubieran ejercido su derecho y obtenido sentencia, no podrían hacerlo en adelante sino obedeciendo á la nueva ley. Así, dice Demolombe: «es necesario decir otro tanto del reconocimiento de un hijo natural una vez hecho, y de un juicio declarativo de la maternidad una vez pronunciado... Me parece que la causa eficiente é inmediata de las relaciones legales de paternidad y de filiación, no es el hecho único, el hecho absoluto y abstracto del nacimiento; es á los ojos de la ley, el reconocimiento hecho, el juicio concluído, según las condiciones que ella determina. Pues mientras esta causa no se ha realizado, el efecto no se ha producido, el derecho no se ha adquirido legalmente. Se ha dicho que una ley nueva no podía privar al hijo ya nacido del derecho de averiguar quién es su padre, porque este derecho viene de la naturaleza. Eh! Dios mío! la ley se lo quita hoy; pues que le prive de él un poco más temprano ó un poco más tarde, no es verdad, desde luego, que ese derecho no es absoluto, y que mientras no se ha ejercido y realizado está subordinado á las leyes que reglan esta especie de materia?» Y así como la ley nueva puede prohibir el ejercicio de una facultad que antes había concedido, puede permitir ejercer la que estuviera prohibida, y esa facultad la adquirirían todos los individuos que antes no podían ejercerla. Así, por ejemplo, antes de la ley de matrimonio civil, el Código prohi-



quirirlas irrevocablemente; son facultades que la ley confiere por su autoridad, y que ella puede retirar, sin tocar la validez de

bía la investigación de la paternidad ó maternidad, adulterina, incestuosa ó *sacrilega*; vino la nueva ley que permite casarse á los clérigos y á las monjas, y ahora los hijos sacrilegos, según aquella legislación, pueden investigar su paternidad ó maternidad, y mañana vendrá otra que permitirá investigar la paternidad adulterina, porque no es una razón que sean esos hijos el resultado de un delito, para que se exima á sus padres de las obligaciones que la naturaleza les impone. Eso sería dar una patente de seguridad para no ser molestados, porque el acto cometido no sólo es ilícito, sino que importa un delito. La investigación en este caso no tiene por objeto castigar el delito, ni dar causa para el divorcio destruyendo un hogar tal vez tranquilo, sino hacer cumplir al hombre con un deber que la civilización impone, haciéndole soportar las consecuencias naturales del acto realizado. ¿Se teme al escándolo, y se desea resguardar á una familia inocente de las consecuencias que la naturaleza impone á todos los seres, como es el de alimentar á su prole? El escándalo está producido, porque en estos casos todo el mundo conoce generalmente esas relaciones, y los únicos que tal vez las ignoran, son los miembros de la familia legítima.

Así, pues, una ley nueva que autorizara la investigación de la paternidad adulterina, invertiría de este derecho á los nacidos bajo la antigua ley que la prohibía.

Pero sólo hemos examinado los hechos consumados; estudiemos los que están en vía de ejecución, y que vienen á ser alterados por la nueva ley. Supongamos que la nueva ley autoriza á la mujer mayor de edad, divorciada, para que ejerza todos los actos de la vida civil, sin la intervención de su marido; es indudable que en adelante podría enajenar todos sus bienes raíces como cualquier persona mayor de edad; en esto no hay dificultad; pero se trata, por ejemplo, de la demanda sobre la paternidad natural, cuando la ley autorizaba todo género de prueba, y siguiendo el juicio se dicta una nueva ley, por la que se limita la prueba á la posesión de estado únicamente. ¿Se aplicará á este juicio la ley antigua que permitía la investigación amplia, ó la nueva que la reduce á una sola? Según el principio reconocido de que sólo hay derechos adquiridos cuando el individuo los ha incorporado á su patrimonio y forman parte de sus bienes, es evidente que por la demanda no ha podido adquirir una clase de prueba, pues aún habiéndola producido, no podría hacerla valer, ni el juez reconocerla, porque las leyes sobre el procedimiento ó sobre los medios de prueba en los juicios, son de orden

los actos realizados en virtud de esas facultades. Siguiendo esta regla dice el **art. 4046**: *la capacidad civil de las personas es re-*

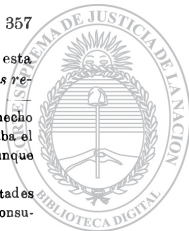
pública y deben aplicarse inmediatamente. Sólo se respeta el hecho concluido ó consumado; así, por ejemplo, si la ley antigua autorizaba el reconocimiento en documento privado, y éste se hubiera hecho, aunque la nueva ley lo prohibiera en adelante, se tendría por válido.

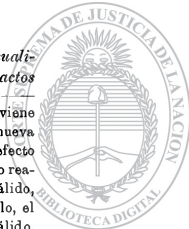
Las leyes nuevas no retroaccionan cuando sólo privan de facultades que no se han puesto en ejercicio, respetan únicamente los actos consumados. — Véase mi comentario al art. 3.

(**Art. 4046**.) No se debe confundir la capacidad civil de una persona con el estado civil de la misma. La capacidad es la aptitud ó facultad que se tiene para ejecutar válidamente tal ó cual acto; así, pues, no es la facultad únicamente la que engendra los derechos ó las obligaciones, es necesario para hacerlos nacer, que esa facultad se ponga en movimiento, ejecutando actos que sean el origen y la causa inmediata de esos derechos ó de esas obligaciones; es cuando se han producido los actos que los han engendrado, que se puede decir que los derechos se han adquirido; por esa razón, nuestro Código reconoce los actos realizados con una capacidad que existía en el momento de ejecutarlos, porque si los anulara, la ley retroaccionaría aplicándola á los hechos sucedidos. Pero si en el sentido extricto no se puede decir que el hombre ha adquirido el derecho de ser considerado como mayor, porque no ha producido acto alguno para apropiarse esa condición, no parece, sin embargo, justo ni equitativo reducirlo á la menor edad, haciéndole sufrir una especie de *capitis diminutio*; por eso he sostenido en el comentario al art. 3, que se debía seguir la teoría de Savigny, que reputa adquirido el derecho á ser considerado en adelante como mayor de edad, por el hecho de haber cumplido la requerida por la ley; teoría rechazada por nuestro Código.

Quando la ley nueva extiende la capacidad civil de la persona, permitiéndole actos que antes le eran prohibidos, por el hecho de ser capaz al presente, no habrá perdido el derecho de reclamar los realizados cuando era incapaz: la nueva capacidad no se extiende á aquellos actos, pero pueden confirmarse, desde que ha desaparecido la causa; confirmación que tendrá lugar sin perjuicio de tercero, lo que prueba la verdad de la teoría sostenida en el comentario al art. 1047, de que no hay actos inconfirmables. Así, pues, la mujer casada y divorciada, que ha

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4045. — Demolombe, tomo I, n° 42. — Volveremos luego sobre la resolución de este artículo.





gida por las nuevas leyes, aunque abroguen ó modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores ; pero sólo para los actos

vendido sus bienes raíces sin permiso de su marido ó del Juez, que viene á ser autorizada por la nueva ley para ejecutar dichos actos, la ley nueva se aplicará á los actos que en adelante realizara, pero sin tener efecto retroactivo con relación á los ejecutados. Y por el contrario, el acto realizado bajo la ley que autorizaba al agente para ejecutarlo, queda válido, aunque la nueva ley le haya privado de esa capacidad ; por ejemplo, el testamento otorgado por el que ha cumplido diez y ocho años, será válido, aunque la nueva ley haya privado de esa facultad, permitiendo testar únicamente al que haya cumplido los veinte años.

Cuando la nueva ley haya quitado el obstáculo legal que ponía la antigua para la realización del acto, los verificados bajo la antigua que eran nulos, con nulidad manifiesta, pueden confirmarse con efecto retroactivo siempre que no perjudiquen á terceros ; por ejemplo, la venta de la herencia futura, prohibida por la ley, puede confirmarse cuando la ley nueva permita venderla ; el matrimonio de un sacerdote, que era nulo por la antigua legislación, puede ser confirmado, legitimando á los hijos, después de la ley de matrimonio civil ; más aún, los hijos de clérigo nacidos bajo la antigua ley, que los consideraba sacrílegos, quedan por la nueva como simples hijos naturales, desde que el sacerdote no tiene prohibición para casarse y puede reconocerlos.

En cuanto á los efectos que trae consigo la mayor ó menor edad, con relación á la prescripción, ellos se producirán inmediatamente con arreglo á la nueva ley ; así, cuando la nueva ley aleja la mayor edad, y los que eran antes considerados como mayores vienen á ser menores, la prescripción que corría contra ellos se suspende durante la menor edad, con arreglo al art. 3966, y por el contrario la que estaba suspendida por causa de la menor edad, comienza á correr desde que la nueva ha declarado capaz al que antes no lo era.

Cuando el artículo habla de los efectos producidos bajo la antigua ley, no sólo comprende los que se hayan producido cuando ha venido la nueva ley, sino también á los que son una consecuencia del acto ejecutado, aunque todavía no se hayan manifestado por falta de causa. Así, en el matrimonio permitido á los clérigos por la ley de matrimonio civil, los casados bajo esta ley, tienen derecho para que se considere á su prole como legítima, aunque no hubieren tenido hijos cuando la nueva ley viene á prohibir esos matrimonios, y á considerar como sacrílegos á los hijos nacidos de ellos. Eso mismo sucedería en el caso de la compra y venta, si la nueva ley suprimiera la evicción ó exigiera que se pactase

y efectos posteriores, sin que la nueva ley pueda invalidar ó alterar lo que se hubiese hecho en virtud de la capacidad que tenían las

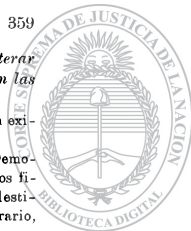
expresamente; los compradores anteriores á la nueva ley, podrían exigir, porque era entonces un efecto natural del contrato.

Concluiremos este comentario transcribiendo las palabras de Demolombe, que ha inspirado este artículo; dice el citado autor: «notemos finalmente, que las leyes sobre la capacidad de las personas están destinadas á llevar la armonía á la sociedad, y producirían, al contrario, mucha perturbación sino fueran inmediatamente uniformes; ellas son pues, de orden público... No es necesario, sin embargo, acordarles una preponderancia exclusiva y absoluta. Seguramente cuando el orden público está más interesado en la aplicación inmediata de la nueva ley, es más necesario que los intereses privados tengan fuerza y sean bien adquiridos para resistirla y mantenerse bajo el imperio de la ley antigua; y esto no es imposible».

La regla que domina esta materia, y que se debe levantar contra la fuerza de la ley nueva, es que ésta no puede destruir ni alterar los efectos que se han producido bajo la antigua, ni menos las consecuencias del acto realizado, aunque por cualquier efecto no hayan aparecido; exceptuándose los casos en que se trate de facultades y no de derechos.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4046.—Chabot, *Questions transitoires, verb. Autorisation maritale*, § 1. — Demolombe, tomo I, n° 45. — La Ley Recopilada, por ejemplo, da al menor emancipado que hubiese cumplido dieciocho años, la facultad de administrar libremente sus bienes; y por el nuevo Código, arts. 135 y 136, se le limita mucho esa facultad. — ¿Qué ley deberá regir la capacidad civil del menor que está emancipado á la promulgación del Cód. Civil? — Por el artículo se declara que la nueva ley. La mujer casada ha podido reservarse la administración de sus bienes parafernales según las leyes que regían al tiempo de su matrimonio, ó cuando recibió esos bienes; pero por las nuevas leyes, el marido es el único administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal, y desde entonces acaba la capacidad de la mujer.

La ley nueva, reglando la capacidad civil de las personas, no tiene por esto un efecto retroactivo. La capacidad civil es la actitud de hacer tal ó cual acto, es la facultad legal de hacerlo válidamente; pero la única facultad no ejercida, no es la causa eficiente de los derechos y de las obligaciones, sino el ejercicio de esa facultad, de esa capacidad que los crea y los realiza. Mientras ese ejercicio no haya sucedido, los derechos no están adquiridos. El legislador puede cambiar la capacidad de las personas, y las cualidades civiles que dependen de ella. Al menor puede hacerle mayor, y al mayor menor, sin que éste tenga derecho á quejarse por el cambio; sin que pueda excepcionar con su capacidad anterior para conservarla en adelante. La ley toma al hombre en el estado en que lo encuentra; puede modificar las cualidades civiles porque son de su dominio. El estatuto personal que abroga ó modifica las cualidades establecidas





personas por las leyes anteriores, ni los efectos producidos bajo el imperio de la antigua ley; de modo que el mayor de edad que ha contratado y obligándose bajo el imperio de la ley que reconocía su capacidad, ha producido actos válidos que la nueva no puede anular; pero en adelante no podrá ejecutarlos, desde que la nueva lo declara incapaz. Así, por ejemplo, el mayor de diez y ocho años que ha hecho su testamento bajo la ley vigente, ha producido acto válido, y si la nueva ley exigiera la edad de veinte años para otorgarlo, no podría hacerlo en adelante, sino cuando hubiera cumplido esa edad; pero como la revocación es una facultad que nace de la capacidad para otorgarlo, la nueva ley no podría condenarlo á permanecer en la inacción, sin poder dejarlo sin efecto, y probablemente lo autorizaría para revocarlo; del mismo modo, el que se obligó por contrato á ejecutar un acto que como mayor de edad podía verificar, debería efectuarlo aunque la nueva lo declarase incapaz por haber prolongado el plazo para la mayor edad; pues de otro modo sería dar efecto retroactivo á la nueva ley. Por esa razón, autores como Savigny sostienen la doctrina contraria á la adoptada por nuestro Código, salvando así todas las dificultades que la teoría del Código trae en la aplicación de la nueva ley. Son cuestiones de gran importancia y la opinión de los autores se ha dividido.

Las leyes nuevas sobre el poder y facultades de los maridos se aplican aún á los casados antes de su publicación (art. 4047);

(Art. 4047.) Ya hemos dicho que la nueva ley no puede cambiar las condiciones mismas del matrimonio: que ese acto debe ser regido por la ley bajo cuyo imperio se celebró; pero el artículo se refiere única y exclusivamente al poder marital. Y para interpretarlo en su sentido ver-

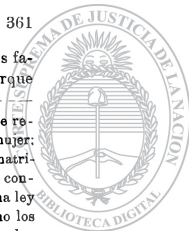
por una ley anterior, ó que les impone nuevas condiciones, pero que respeta lo pasado, no tiene efecto retroactivo.

Grenier, *Donations*, tomo I, pág. 296, dice que es un principio que la capacidad civil se modifica según varía la legislación, respetando siempre lo que se ha hecho en virtud de una capacidad existente según la legislación precedente. Cuando es preciso contratar, es indispensable considerar la capacidad personal. ¿Y cómo podría ser determinada esta capacidad, si no lo fuese por la ley que rige en el momento en que se pone en ejercicio? La ley antigua había ya perdido su imperio: sólo lo conserva en lo que se hubiese hecho cuando estaba en vigor. El efecto retroactivo no existe cuando un tercero nada haya adquirido todavía.

porque el matrimonio no ha tenido por objeto adquirir esas facultades, que son una consecuencia del acto realizado, y porque

dadero, es necesario que hagamos una distinción: si la ley nueva se refiere únicamente al poder marital, si regla sólo la capacidad de la mujer: si en una palabra, es una ley personal; se aplicaría entonces á los matrimonios celebrados antes de la vigencia de la nueva ley; si, por el contrario, se refiere más á los bienes que á la persona misma; si es una ley que regla, no las facultades del marido con relación á su mujer, sino los bienes de ésta, no regirá en ese caso la nueva á los matrimonios celebrados. Así, es como se explica que la mujer casada bajo una legislación que le permitiese enajenar sus bienes sin permiso de su marido, quedará sometida á la nueva ley que le prohibiese esa enajenación sin permiso de éste, porque esa ley mira más al poder y facultades del marido que á los bienes; por el contrario, cuando esas mismas personas se han casado bajo una legislación que les permitía enajenar sus bienes dotales, si viniera la nueva á prohibirles esa enajenación, no se aplicaría á los matrimonios celebrados; porque esa ley no se refiere al poder del marido, ni á las facultades que la ley le confiere sobre la mujer, sino sobre los bienes, en cuyo caso se debe aplicar la regla que protege los derechos adquiridos, de que los individuos no pueden ser privados por las nuevas leyes. Y estas reglas deben aplicarse á todas aquellas personas á quienes la ley ha conferido facultades para ejercer ciertas funciones, como á los tutores, curadores y padres. Así, la madre viuda que ejerce la patria potestad sobre sus hijos, por la legislación actual, si viniera una nueva ley que se la privase autorizándola para ejercer la tutela, quedaría sujeta á la nueva, porque es una facultad que la ley, por su propia autoridad, le ha concedido sin necesidad de producir acto alguno. Son en ese caso leyes personales que se aplican inmediatamente, sin hacer distinción alguna. MERLIN, Rep. V.^o *Poder marital*, XIX, pág. 557, refiere dos casos demostrando en los alegatos aceptados por la Corte de Casación francesa, la exactitud de la teoría sostenida en este comentario.—Véanse arts. 160, 161 y 4045.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4047.—Demolombe, tomo I, n.^o 43 y 44.—Cuando un hecho se consuma bajo la antigua ley, la consecuencia de que este hecho ha sido el principio generador, la causa eficiente y directa, sería un derecho adquirido que no podría alterar la nueva ley. Tal sería la legitimidad de los hijos de un matrimonio celebrado bajo las leyes que á ese tiempo regían. Aquí el hecho, el matrimonio, es el principio generador y la causa eficiente de un efecto que las partes se proponían observar, y sobre el cual ellas han debido necesariamente contar: la legitimidad de los hijos. Pero el poder mari-





conviene más al interés público dejar en la mano del legislador la facultad de aumentar ó disminuir esas facultades que tienen por objeto la mejor organización de la familia; cuando esas leyes se refieren al poder de las personas sobre las personas en la familia conviene á la sociedad que la ley nueva pueda reglarlas inmediatamente; pero cuando se refiere á las cosas, se tocan con graves dificultades y se deben hacer distinciones; así, por ejemplo, la ley nueva que quitase al marido la administración de los bienes del matrimonio para dárselos á la mujer, sería repugnante á estos principios, y no debería aplicarse á los matrimonios celebrados; pero si sólo restringiese ó aumentase esas facultades, debería aplicarse. En el comentario tratamos extensamente estas cuestiones.

Las garantías que las leyes anteriores á la publicación del Código, han dado á las mujeres casadas, en seguridad de sus dotes ó de otra clase de bienes entregados á sus maridos, á los menores ó incapaces sobre los bienes de sus tutores y curadores, á los hijos sobre los de sus padres, y los gravámenes impuestos á los administradores de fondos del Estado, son regidos por las nuevas leyes, con excepción de las prendas ó hipotecas expresas que se hubieren constituido, las cuales serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron (art. 4048); porque respecto de las primeras son

(Art. 4048.) Este artículo viene á privar de las garantías que las leyes anteriores daban á los incapaces, como mujeres casadas, menores, incapaces bajo curatela, y al Fisco, en los bienes de sus administradores. Esas garantías, creadas exclusivamente por la ley, que no han dependido de acto alguno ejecutado por los incapaces, han podido ser suprimidas por el legislador, sin perjuicio alguno, porque en su lugar ha limitado las facultades concedidas á los administradores, ó les ha exigido ciertas formalidades que son una garantía para los incapaces. Sin embargo, debemos hacer notar que, si bien era un perjuicio evidente el que sufría la sociedad con las hipotecas tácitas que paralizaban las transacciones, introduciendo la desconfianza, también lo es que ese daño se remediaba con la obligación de fijar una suma prudencial, haciendo la hipoteca expresa; porque hay un perjuicio evidente para los menores ó incapaces, que fácilmente pueden ser defraudados, desde que los tutores ó curado-

tal no tiene igual carácter, no es el fin mismo, el fin principal y determinante del matrimonio, es sin duda un efecto de ese acto, pero efecto sobre el cual las partes no han podido esencialmente determinar sus límites.

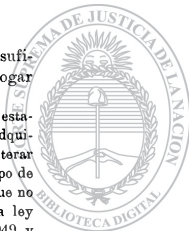
garantías que las leyes crearon en favor de los incapaces, y que puede hacer desaparecer la nueva ley creando prohibiciones para

res, por la naturaleza de sus funciones, pueden enajenar los bienes muebles, que algunas veces llegarán á tener tanta importancia como los inmuebles; porque administrando bienes valiosos, pueden usar en beneficio propio, de la renta, sin tener como responder por las fuertes sumas que recibieran. ¿Qué garantías tiene el menor por el importe de los bienes muebles vendidos? ¿Cómo responderá el tutor negligente en los casos del art. 3968, si no tiene bienes? Sobre todo, en estos tiempos donde la tutela dativa está en la mano de los Jueces, que la dan, generalmente, para hacer un favor. Cuando se reforme el Código, debe formarse el consejo de familia para la tutela dativa, privando á los jueces de una facultad que jamás debieran ejercer, porque no están en condiciones de hacerlo con acierto, y además, exigir ciertas garantías para los casos de mala administración.

Lo que el artículo ha suprimido, es la hipoteca tácita; pero no las expresas, sean convencionales ó provengan de obligaciones que se hubieran garantido á los menores. Las hipotecas, no sólo pueden ser convencionales para estar fuera del alcance de las nuevas leyes, pues si á consecuencia de mala administración el tutor ó curador, ó por cualquier otra causa, hubiera dado fianza, prendas ó hipotecas, por las cantidades debidas, como resultado de una decisión judicial, esas prendas ó hipotecas serían regidas por las leyes bajo las que se otorgaron; porque no serían meras facultades ó garantías, que las nuevas leyes pueden suprimir, sino derechos adquiridos de que no pueden ser privados, sin dar efecto retroactivo á las nuevas.

Con relación á las hipotecas ó prendas constituidas antes de la nueva ley, son regidas por la ley en vigor al tiempo de su constitución, en cuanto al alcance y efectos que en ella se señalare; pero con relación al tiempo, ¿podrán pasar del determinado por la nueva? Por ejemplo, la hipoteca constituida por treinta años á la publicación del Código, que le señala la vida de diez años, ¿quedaría extinguida al cumplirse los diez años después de la vigencia del Código? Aquí nos encontramos con un derecho adquirido, y como no se trata de prescripción, sino de extinción de los derechos constituidos, bajo una legislación que no los limitaba, no ha podido regirlos la nueva, sin darle un efecto retroactivo; creo, pues, que no es el caso del art. 4051, á menos que cumplido el plazo convenido, la obligación comenzara á prescribirse. Y lo mismo diríamos de cualquier otro contrato que la nueva ley encontrase excediendo los términos; así, por ejemplo, el arrendamiento por veinte años, celebrado bajo





que los bienes no sean enajenados sin tener una garantía suficiente. Son creaciones de la ley que ella misma puede derogar

la antigua legislación que no lo limitaba, no concluiría á los diez establecidos por el Código, porque entonces se privaría de derechos adquiridos. Creo, pues, un error el sostener que la nueva ley pueda alterar los efectos de los contratos celebrados bajo la ley en vigor al tiempo de celebrarlos, aplicándoles una disposición sobre prescripción, en que no se trata de derechos adquiridos, sino de meras expectativas que la ley nueva puede alterar, porque no provienen de contratos. El art. 4049, y la nota del Dr. Velez-Sarsfield, apoyan nuestra tesis de un modo terminante.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4048.—Hemos dicho en la primera nota, que en la teoría de la no retroactividad de las leyes, era preciso no atender sólo al interés de los particulares, y que siempre debía compararse con el interés público. Este interés público nos ha hecho abolir todas las hipotecas tácitas, por el embarazo que ponen en la vida económica de los pueblos. Poco ó nada se habría remediado, si hubieran quedado subsistentes las hipotecas legales, á favor de las mujeres que estuviesen casadas al tiempo de la publicación del nuevo Código, las de los tutores y curadores, las de los padres que administran bienes de sus hijos, etc., etc., presentando sólo los hechos discordantes de existir unos matrimonios, en los cuales las leyes gravasen con hipotecas los bienes de los maridos, y otros, de igual condición, que fuesen libres en su circulación. Estos derechos hipotecarios no pueden exactamente llamarse derechos adquiridos, hasta que, abiertos, no hubiese llegado el caso de ponerlos judicialmente en ejercicio, y darles aplicación sobre determinados bienes. Podemos decir que hasta entonces no eran derechos aún abiertos.

Por otra parte, hemos modificado mucho la sociedad conyugal, hemos elevado el carácter y capacidad de la mujer casada, capacidad de que carecía, y por cuya falta las antiguas leyes les crearon hipotecas legales sobre los bienes de sus maridos. Decimos lo mismo de las hipotecas tácitas de los tutores, curadores, padres, etc. Las leyes les daban un poder muy amplio en los bienes que administraban y por esto gravaban los bienes de esos administradores, para garantir los que recibían de los menores ó de los hijos. Pero por el nuevo Código, las facultades de esas personas han sido muy limitadas, y hemos creído que los bienes cuya seguridad se quería proteger, podrían conservarse seguros sin imponer gravámenes especiales á las propiedades de los administradores.

Exceptuamos los casos en que se hubiesen constituido hipotecas expresas. Entonces habría precedido una convención por la cual se hubiese constituido una hipoteca especial; y las nuevas leyes no pueden alterar los contratos y sus efectos que encuentren concluidos entre los interesados. A más, por la hipoteca expresa se constituye un derecho real á favor del acreedor; y los derechos reales no pueden ser quitados ni modificados por las leyes posteriores.

Se nos dirá que la hipoteca legal constituye también un derecho real sobre todos los bienes de los maridos, tutores ó padres. La lógica del derecho lo exige así, desde que se creaban hipotecas sobre los bienes de esas personas;



cuando lo crea necesario, sin perjudicar derechos adquiridos. En cuanto á las hipotecas constituidas varia de especie, porque son actos realizados que escapan á la nueva ley.

Las acciones rescisorias por causa de lesión, que nazcan de contratos anteriores á la publicación del Código Civil, son regidas por las leyes del tiempo en que los contratos se celebraron (art. 4049); porque esos efectos se pueden considerar como

(Art. 4049.) Este artículo viene á demostrar de un modo claro la tesis sostenida en el anterior, de que cuando se trata de los efectos señalados á los contratos por la ley que regía en el momento de su celebración, la nueva no puede alterarlos, porque son derechos adquiridos por los contratantes.

Nuestro artículo viene á decidir la controversia suscitada en derecho francés, siguiendo la opinión de Chabot, explicada en la nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de dicho autor. Y aquí viene á darse la razón de lo que dijimos en el artículo anterior, pues los mismos que sostenían que se aplicaba el art. 4051, á las prescripciones relativas á la duración de las prendas é hipotecas, admiten al presente que ese artículo no puede aplicarse á la acción rescisoria, que será regida por la ley en vigor al tiempo de celebrarse el acto; pues eso mismo se dice en el art. 4048, en su última parte, que las prendas é hipotecas, serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron.

La verdadera razón es que al celebrar un contrato cualquiera, las partes han debido someterse á los efectos señalados por la ley en vigor en ese momento, y ambos contratantes han adquirido derechos con arreglo á lo establecido en esas leyes; cualquier cambio de legislación que se operase, sea con respecto á la forma externa del acto ó al modo de manifestar la voluntad, ó á la materia del contrato mismo, ó á los efectos que debe producir, está regido por la ley en vigor en el momento de la celebración; por esa razón sería válido, por ejemplo, el contrato celebrado sobre la herencia futura, que era permitido por la antigua legislación, siempre que lo consintiera el causante, y el Código Civil que pro-

pero el tiempo, los inconvenientes que han presentado las hipotecas tácitas, han hecho que ese gravamen desaparezca, pasando los bienes á tercer poseedor, lo que demuestra que verdaderamente no hay constitución de derechos reales, sino sobre aquellos bienes que tengan los tutores ó padres, cuando el derecho del acreedor se abra, cuando se interponga demanda para la garantía de los bienes administrados.

Exceptuamos también el caso en que hubiese fianza dada, porque la fianza es un verdadero contrato.



una prolongación del mismo acto, y los individuos al realizarlo han debido contar con ellos; lo mismo sucedería con la evicción, que es un efecto natural del contrato de compra y venta, si la ley nueva viniera á abolirlo, todos los contratos anteriores serían juzgados por la antigua ley, bajo cuyo imperio se celebraron.

Las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos (art. 4050); lo que

hibió tales contratos, no pudo invalidar los celebrados antes, bajo una legislación que los permitía, porque sería darle efecto retroactivo.

La ley nueva no puede ni debe regir un contrato celebrado bajo otra ley, y así como la forma está protegida por la ley que regía en el momento de celebrarlo, del mismo modo debe protegerla en sus efectos.

La nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de Chabot, explica perfectamente el alcance del artículo.

(Art. 4050.) El presente artículo es una consecuencia de los principios expuestos en el comentario á los dos anteriores; pero debemos hacer una distinción: si la ley nueva no puede ni debe anular las adopciones hechas antes de la vigencia del Código, porque sería destruir actos

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4049. — Chabot, Quæst. transit., verb. Rescisión. Las leyes nuevas no rigen sino los contratos celebrados bajo su imperio. No se aplican á los actos anteriores; y así, por ejemplo, el acto, cuya rescisión se demande habiendo sido consentido antes del Cód. Civil, debe ser sometido á las leyes anteriores. Algunos jurisconsultos han sostenido lo contrario, diciendo que si un contrato se ha formado bajo una ley últimamente abrogada, es preciso aplicar esa ley para regir sus cláusulas, para interpretarlas, fijar su sentido y su extensión; pero cuando se trata de una acción de rescisión por minoridad ó dolo, es preciso formarla bajo la ley que la permita, y que de otra manera no puede rescindirse; que es necesario que la acción se hubiese introducido antes de la publicación del nuevo Código, y que en tal caso se habría podido, aun después de la publicación de las nuevas leyes, aplicar á la causa los antiguos principios; pero que no habiéndose entablado la acción antes de la nueva ley, el derecho que podía adquirirse no se ha consumado.

Podemos responder á estas observaciones que es incontestable que todo contrato debe siempre ser regido por la ley bajo cuyo imperio ha sido consentido; y no se puede razonablemente contestar que el derecho que era conferido por esa ley á una de las partes, no pueda ser ejercido bajo el imperio de la nueva ley. De otra manera el derecho no existiría realmente, pues que no podía ser ejercido. Habría sido destruido por la nueva ley, y ésta regiría los efectos y la ejecución del contrato, lo que evidentemente importaría darle efecto retroactivo.



es una consecuencia de los principios enunciados: las nuevas leyes no pueden ni deben aplicarse á los actos realizados bajo una legislación que permitía esos actos, ni la ley nueva puede cambiar los efectos que la antigua concedía como consecuencia de esos actos.

Las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código están sujetas á las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedarán sin embargo cumplidas, desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el nuevo Có-

jurídicos permitidos y autorizados por la ley bajo cuyo imperio se celebraron, eso se refiere al acto mismo de la adopción que no puede anular; pero con relación á las facultades que confiere á los adoptantes y á los adoptados, caen bajo la acción de la ley nueva, aplicando la regla de los arts. 4046 y 4048, porque son facultades conferidas que el legislador puede alterar. Así, por ejemplo, el Código Civil al suprimir la adopción, no permitiéndola en adelante, pudo reglar los efectos que debía producir en el porvenir, restringiendo ó ampliando los derechos concedidos á los adoptados, así como á las facultades ó potestad acordada á los adoptantes; porque si las leyes nuevas pueden alterar las facultades de los maridos respecto de sus mujeres, de los padres con relación á sus hijos, y de los tutores y curadores en el mismo caso, con igual razón deben aplicarse á los adoptados. Lo mismo diremos con relación á la parte de herencia que les acordare la antigua ley, que vendría á modificar la nueva, porque no son derechos adquiridos. Así, pues, cuando el artículo dice, las adopciones anteriores se rigen por las leyes bajo cuyo imperio se hicieron, es porque el Código nada disponía respecto de ellas; pero eso no importaba negar al legislador para determinar los efectos que deben producir; lo único que no puede alterar la nueva ley es el acto mismo y el carácter que daba al adoptante y al adoptado; pero sus efectos que se traducen en facultades que la ley confiere, en deberes que ella impone á unos y á otros, y en derechos hereditarios, todo eso estará regido por las nuevas leyes. El Código pudo, con perfecto derecho, alterar los efectos de las adopciones anteriores, sin que por eso se entendiese dar efecto retroactivo desde que se aplicaba á facultades conferidas.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4050. — Chabot, Quæst. transit., verb. Adoption, § 1. — La ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes sin anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción de clase alguna.

digo (art. 4051). Este artículo, que ha sido de gran importancia mientras el Código no tuvo treinta años de existencia, al pre-

(**Art. 4051.**) Partiendo del principio generalmente reconocido de que la prescripción no cumplida es un derecho en expectativa, que la ley puede alterar á su voluntad, sin darle efecto retroactivo, el Dr. Velez Sarsfield pudo y debió establecer que las nuevas leyes regían las prescripciones comenzadas, reconociendo el tiempo y condiciones en que principiaron á tener efecto, sin exigir nuevos actos, no porque hubieren adquirido derecho alguno para ser respetados, sino á fin de no introducir una seria perturbación con relación á un hecho comenzado bajo la antigua legislación. Y así como determinó que la posesión de treinta años, con ánimo de dominio, siendo continua, pública y pacífica, hacía adquirir una cosa aunque fuera poseída de mala fe, cuando por las antiguas leyes esta posesión no autorizaba para adquirir, pudo con igual derecho exigir nuevas condiciones para la posesión que continuaba bajo la nueva ley; pero respetó, con razón, el hecho consumado, y aun el tiempo, en lo que no tuvo motivo fundado; pues debió seguir al art. 2281 del Cód. Francés, sin agregarle la última parte, que vino á tener en suspenso durante treinta años las prescripciones comenzadas antes. ¿Por qué razón respetar el tiempo señalado por las antiguas leyes para adquirir un derecho que es una mera expectativa? ¿Por qué no hizo lo mismo con respecto á las facultades de los maridos, padres, tutores y curadores? El que ha comenzado á prescribir bajo la ley en que tomó posesión de la cosa, no tiene derecho para exigir que se mantenga invariable el tiempo, porque se debe adquirir. Así, la doctrina habría exigido que se rigieran por las nuevas leyes las prescripciones comenzadas bajo la antigua legislación, y es lo que al fin reconoce el mismo artículo en su última parte, cuando somete las prescripciones comenzadas bajo las antiguas leyes, al tiempo señalado por las nuevas, si éste fuera menor, poniendo por condición que ese tiempo deba contarse desde que el Código se puso en vigencia.

Pero estudiemos la primera parte del artículo. Las prescripciones comenzadas antes de la vigencia del Código, están sujetas á las antiguas leyes; pero debemos hacer la distinción establecida en la última parte del artículo; si éstas exigen mayor tiempo, se prescribirán con arreglo á las nuevas á contar desde la vigencia del Código; así, una prescripción de treinta años, según las leyes antiguas, y á la que el Código señalase diez años, se prescribiría por este último término, á contar desde la vigencia de la nueva ley. En esta parte nuestro Código se ha separado, con razón, de los autores franceses, que enseñan la teoría contraria, pues según los

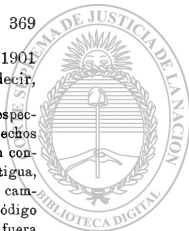


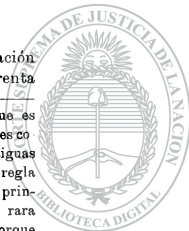
sente ha perdido en gran parte de su valor; porque desde 1901 todas las prescripciones quedan reducidas á treinta años; es decir,

principios del derecho, la prescripción no cumplida es una mera expectativa que la ley puede alterar á su voluntad sin que prive de derechos adquiridos. Y por esa misma razón, debió autorizar la proposición contraria, de que cuando la ley nueva exigiera mayor tiempo que la antigua, debía aplicarse la nueva, desde que está en la potestad del legislador cambiar la expectativa, prolongando el tiempo; sin embargo, nuestro Código aplica la ley bajo cuyo imperio se comenzó, cuando la prescripción fuera más corta. De esta interpretación nacen estos dos principios: 1º, la prescripción comenzada bajo la antigua legislación, que exigiera mayor tiempo que el señalado por el Código, se prescribiría por el tiempo que éste señala, á contar desde su vigencia; 2º, si la ley antigua señala un tiempo menor que el Código, la prescripción se cumpliría por la ley antigua. Un ejemplo del primer caso sería, en la prescripción de los bienes fiscales que se requería para adquirirlos por la antigua legislación, cuarenta años, si suponemos que el poseedor, á la vigencia del Código, los hubiera poseído cinco años, la adquisición se habría hecho á los treinta y cinco, porque habrían bastado los treinta desde la vigencia de la nueva ley; otro ejemplo del segundo caso sería, si la antigua ley señalase diez años y la nueva veinte, la prescripción se cumpliría á los diez; porque el legislador ha respetado ese plazo.

En cuanto á las demás condiciones para la prescripción, como posesión, suspensión, interrupción, etc., que las leyes antiguas exigieran para la adquisición de la cosa, ¿por qué ley deberán regirse? Respecto de la posesión es un hecho que crea derechos, y la ley la protege con los interdictos cuando tiene un tiempo determinado, y en ese carácter debe ser respetado; por eso creo que se regirá por la ley bajo cuyo imperio tuvo lugar, pues es de suponer que el poseedor se sujetó á la ley en vigor, para estar en aptitud de adquirir la cosa poseída, y que no sería justo que la nueva viniera á exigirle otras formalidades.

Con relación á la suspensión, es evidente que si la ley antigua no reconocía las causas que la ley nueva ha venido á crear, no puede aplicarse á los hechos pasados, porque eso sería darle efecto retroactivo; pero, ¿sería permitido inmovilizar esos hechos sustrayéndolos á la acción del legislador? Supongamos que las leyes antiguas no hubieran considerado la menor edad como causa de suspensión, cuando viene la nueva ley. ¿No se suspendería la prescripción, desconociendo el efecto de la ley nueva? Así lo han juzgado varias Cortes francesas y lo sostienen Aubry y Rau, Marcadé y Troplong; pero me parece que no debe seguirse esa

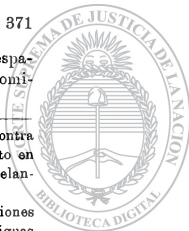




que esa prescripción es una de las más largas de la legislación actual; quedan, pues, borradas las prescripciones de cuarenta

opinión; porque sería considerar como un derecho adquirido, lo que es una mera expectativa. Cuando el artículo dice, que las prescripciones comenzadas antes de la vigencia del Código deben regirse por las antiguas leyes bajo las que se comenzaron, ha querido sin duda fijar una regla que comprendiese únicamente el tiempo, dejando lo demás bajo los principios del derecho que rigen las expectativas; pero sería una cosa rara que habiendo protegido á los menores é incapaces bajo curatela, porque ha suprimido las hipotecas tácitas que confería sobre los bienes de los padres, tutores ó curadores, viniera á dejarlos desamparados, y sin tener los medios necesarios para hacerse resarcir de los perjuicios. Si la ley nueva manda suspender las prescripciones en tales ó cuales casos, sin hacer distinción entre las comenzadas antes de la vigencia, ¿por qué la haríamos en el presente caso? Dicen los autores franceses que el art. 2281 del Cód. Napoleón no hace distinción alguna, á lo que se podría contestar con el art. 2252 que manda suspender la prescripción, salvo una excepción, la del art. 2278, que es nuestro art. 3968.

Contrayéndonos á nuestra propia legislación, el art. 3966, dice: la prescripción no corre contra los menores, ni contra los que se encuentran bajo curatela; no hace más excepción que la del art. 3968. ¿Por qué exceptuaríamos las prescripciones comenzadas antes de la vigencia del Código? Se dice, porque el artículo así lo manda, y no hace excepción, sino con relación al tiempo; pero entre una regla que manda suspender las prescripciones, sin decir que sólo rige para las comenzadas después de la ley, y otra que ordena aplicar la ley anterior á las comenzadas antes, si se encuentran en colisión, debe darse preferencia á la que protege la debilidad ó la incapacidad, ó la que previene é impide la pérdida de un derecho, y no á la que autoriza su despojo. El que está prescribiendo, no puede quejarse de que se limite ó restrinja la facultad concedida por la ley, es una expectativa; todavía no ha adquirido el derecho, y si bien merece ser protegido con relación al tiempo, cuando es menor que el fijado por la nueva ley, ó respecto de la posesión considerada como hecho, no debe ser lo mismo en lo que respecta á la suspensión ó interrupción, cuando la nueva ley viene á alterarlas; se debe reconocer la no suspensión ó los actos que la antigua ley no ha considerado como interruptivos de la prescripción; pero cuando viene la nueva ley, debe someterlos á su imperio, como ha sometido al tiempo, y los actos que en adelante sean reputados como interruptivos, así deben considerarse, aunque la ley anterior no los haya reputado tal. Por eso creo, que una pres-



años y las de tiempo inmemorial, de la antigua legislación española. En adelante, la posesión de treinta años á título de dominio asegura la propiedad de la cosa poseída.

cripción comenzada cuando la ley no suspendía la prescripción contra los menores, debe juzgarse como no suspendida, hasta el momento en que la nueva viene á regir, ordenando la suspensión; de ahí para adelante, la prescripción queda suspendida y no debe correr.

No estoy, pues, conforme con los que opinan que las prescripciones comenzadas antes de la vigencia del Código, se rigen por las antiguas leyes en cuanto á la suspensión ó interrupción; pero sí admito que se rija por esas leyes, en cuanto á la prescriptibilidad de la cosa, calidad y duración de la prescripción, cuando el término fuera menor que el señalado por las nuevas.

No creo que la persona que invoca la prescripción pueda acogerse á la legislación que más le convenga, porque respecto á la suspensión y la interrupción, se aplicarán ambas, según los casos. La ley no da opción para elegir.

El presente artículo ha perdido de su importancia desde que la publicación del Código, ha alcanzado los treinta años; pero los principios en él enseñados servirán de antecedentes para cualquier cuestión.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 4051. — Cód. Italiano, Leyes transitorias, art. 47.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 4051. — La prescripción de las acciones anteriores al nuevo Código, es regida por el artículo 4051, Código Civil. — XXVI, 182.

La prescripción comenzada antes de la vigencia del Código Civil está sujeta á las leyes anteriores, según las cuales, si el propietario del inmueble ha estado parte del tiempo presente y parte ausente, se duplica el tiempo de ausencia, ó como dice el artículo 4002 del mismo Código, cada dos años de ausencia se contarán como uno para completar los diez años de presente. — XXXIII, 375.

En los casos en que no ha transcurrido, después de la vigencia del Código Civil, el lapso de treinta años, las leyes aplicables para la prescripción són las anteriores. — LVII, 341.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 4051. — Las prescripciones comenzadas antes de la vigencia del Cód. Civ., se rigen por éste, siempre que las leyes anteriores requieran mayor tiempo para prescribir. — Jur. Civ., I, 811, Ser. 1°.



*
* *

Y aquí concluye el Código Civil más extenso que se haya publicado hasta la fecha, y aunque es un monumento de legislación para los argentinos, y su ilustre autor merezca el respeto y veneración que todos le tributan, está muy lejos de haber pasado las fronteras de la América, de origen español, ni ha sido motivo de un estudio serio por los jurisconsultos europeos, que no lo conocen, á juzgar por la ausencia de la cita.

Y al concluir este trabajo de tantos años, debo manifestar mi sentimiento al no encontrar en algunos autores argentinos la serenidad y el reposo que se necesitan para entrar en las discusiones científicas, que no son asuntos de amor propio, ni polémicas de diarios, donde se busca herir al adversario, para conquistarse prosélitos, y poner de su parte la opinión vulgar, generalmente no preparada para abordar estas cuestiones. El jurisconsulto, como cualquier otro hombre de ciencia, busca la verdad, y en esta investigación laboriosa y difícil, aporta su caudal más ó menos poderoso para encontrarla, sin tener en cuenta la persona del que enseña un error, que merece respeto, porque es de buena fe, y ha costado un estudio paciente, aunque haya errado el camino que conduce á esa verdad que todos anhelamos encontrar⁽¹⁾.

No estamos acostumbrados á respetar las opiniones de los demás, ni admitimos la crítica por elevada que ella sea. Parece que la contradicción apocara ó disminuyera la autoridad de nuestra opinión, y no guardamos la serenidad que exige toda discusión de principios.

Por lo que respecta á la obra que he emprendido y llevado á cabo después de una labor de muchos años, debo decir, que he deseado contribuir al estudio de nuestro Código Civil, aportando mi contingente en tan difícil materia, que vengo estudiando desde hace 30 años, y que si bien he puesto todo el empeño necesario para hacer una obra útil á mis conciudadanos, no soy de los que no piden benevolencia por los errores que pudieran encontrarse; pero la pido á mis pares, es decir, á los

(1) Lo que ha sucedido con la obra del Dr. Llerena, que tiene más de dos mil errores, habiendo notado 1300 el Dr. Segovia. Muchos de esos errores han sido corregidos en la 2.^a edición, merced á nuestra crítica alta y moderada.

hombres que han encanecido estudiando el derecho, á los autores que han mostrado su saber, como á los magistrados que en su larga carrera judicial, se han conquistado el respeto por su saber. Esos pueden juzgarme.



FIN DEL COMENTARIO DEL CODIGO CIVIL



APÉNDICE

LEY DEL REGISTRO CIVIL

DE LA

CAPITAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

y

TERRITORIOS NACIONALES





LEY DEL REGISTRO CIVIL
DE LA
CAPITAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA
Y
TERRITORIOS NACIONALES



§ 1. — LA LEY DEL REGISTRO CIVIL DEBE SER NACIONAL
É INCORPORARSE AL CÓDIGO CIVIL.

La batalla de Caseros, que derrocó la tiranía de Rosas, ponía sobre el escenario nacional la cuestión política de la organización de la Nación Argentina, que la tiranía había retardado alegando que no existía en el pueblo de las provincias la suficiente capacidad para emprender una obra seria y duradera. Y á la verdad, aquella funesta tiranía que se extendía por toda la República, como una lápida de mármol que guarda un cadáver, había barbarizado al país, arrojando de su seno el elemento intelectual, que vivía en el destierro, combatiendo desde el extranjero la ominosa tiranía. Las provincias argentinas, pobres, sin medios de comunicación, con villorrios por capitales, aisladas unas de otras, cada pueblo se presentaba en el inmenso desierto como un oasis, y esas pequeñas agrupaciones eran amenazadas á cada instante por la lanza del salvaje, que recorría la Pampa en todas direcciones, arreando los ganados que encontraba fuera de los fuertes destinados á guardarlos. De ese aislamiento nació y se fortaleció el cacicazgo de los gobernadores que las mandaban como si fueran sus propios establecimientos, sin perjuicio de dar cumplimiento á las órdenes del tirano, impartidas desde Buenos Aires.



En este estado se encontraba la Nación á la caída de la tiranía de Rosas. ¿Qué debía hacer el vencedor? La aspiración de los hombres pensadores que regresaron inmediatamente al país, era que sin pérdida de tiempo debía constituirse la Nación. Dos medios se presentaban para llegar á este desideratum; el uno era aceptar los hechos tales como se encontraban, y reconociendo á los gobernadores como señores de los pueblos que gobernaban, reunirlos y convenir con ellos en los hombres representativos que debían formar la Convención que estableciera la Constitución Nacional; el otro era desconocerlos, recorrer la República con un ejército victorioso, deponerlos y llamar al pueblo á nombrar sus representantes, que en definitiva, habrían sido los que indicase el vencedor. Se eligió el primero, haciendo el conocido Acuerdo de San Nicolás, donde se reunieron los gobernadores de las Provincias y convinieron en nombrar una Convención para que dictase la Carta Orgánica bajo la que se gobernaría la Nación. Buenos Aires, representado por su Gobernador Provisorio, nombrado por el General Urquiza, protestó de esa Convención por la revolución del Once de Septiembre, y se separó del resto de las demás Provincias que formaron la Confederación Argentina, eligiendo al vencedor Presidente de la República.

Cuando la Convención Nacional se reunió en Santa Fé, para proyectar y sancionar la Constitución nacional, se encontró con las célebres BASES aconsejadas por el Dr. Juan Bautista Alberdi, uno de los hombres mejor preparados de aquella generación, en que se encontraban los publicistas más conocidos del país, como Mitre, Sarmiento, Frías, Tejedor, Alsina, Velez-Sarsfield y tantos otros que han ilustrado su nombre en el gobierno de la nación desde aquella época.

Las célebres BASES, que sirvieron de verdaderas bases de nuestra Constitución, eran una novedad en aquella época, aun para los hombres de alta inteligencia, y lo serían ahora mismo, por la parte de estudio original que contienen sobre las condiciones de la sociabilidad argentina, y de su estructura política. Son tomadas en su mayor parte de la Constitución de los Estados Unidos; pero para aplicarlas á un país desierto, sin instrucción, sin los medios necesarios para el gobierno federal, en que ha sido de absoluta necesidad estudiar el estado del país, y concentrar en el gobierno



nacional una suma de facultades que los Estados de la Unión Americana no han conferido al gobierno nacional. De ahí es que nuestra Constitución tenga su base federal, pero en muchas y trascendentales cuestiones es completamente unitaria. Así, la facultad de dictar los Códigos civil, comercial, penal y de minería, que se ha dado al Congreso, es unitaria; los Estados Unidos han reservado esa facultad á los Estados.

He creído necesario hacer esta pequeña digresión, para explicar como resulta de los antecedentes históricos, que las facultades del Congreso se extienden al Registro Civil, y que una ley de esta clase tiene su lugar en el Código Civil, sin que esto importe una usurpación á las Provincias.

El Dr. Alberdi, en el art. 67, inciso 5° de sus Bases, dice: «corresponde al Congreso, en el ramo de lo interior: 5°, legislar en materia civil, comercial y penal». Y en el cap. XXV, explicando las razones porque conviene autorizar al Gobierno Federal para dictar esas leyes dice: «hay muchos puntos en que las facultades especiales dadas al Poder Ejecutivo (Gobierno Federal) pueden ser el único medio de llevar á cabo ciertas reformas de larga, difícil é insegura ejecución, si se entregan á las legislaturas compuestas de ciudadanos más prácticos que instruidos, y más divididos por pequeñas rivalidades que dispuestos á obrar en el sentido de un pensamiento común. Tales son las reformas de las leyes civiles y comerciales, y en general todos esos trabajos que por su extensión considerable, lo técnico de las materias y la necesidad de unión en su plan y ejecución, se desempeñan mejor y más pronto por pocas manos competentes que por muchas y mal preparadas».

La Convención de Santa Fe, redactó en este sentido el art. 67, inc. 11, atribuyendo al Congreso la facultad de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, sin que tales Códigos alterasen las jurisdicciones locales, y si bien este artículo fue reformado por la Convención de la Provincia de Buenos Aires, sobre las leyes de ciudadanía, se conservó íntegro en su primera parte. Posteriormente, el art. 15 de la Ley de 14 de Septiembre de 1863, estableció la inteligencia de la primera parte del artículo constitucional, al negar el recurso de apelación para ante la Suprema Corte, de la interpretación y aplicación que los Tribunales de Provincia hicieran de los expresados Códigos.



Bajo tales ideas, se dictó el Código Civil, y el Dr. Velez-Sarsfield, al proyectarlo, comprendió en el tit. V, *Las pruebas del nacimiento de las personas*, y en el tit. VII, *El fin de la existencia de las personas*. Es cierto que en el primero dice, que la prueba de los nacidos en la República, se dará por lo que conste en los libros parroquiales, ó por el modo que el Gobierno Nacional en la Capital, y los *Gobiernos de Provincia determinen*; pero el codificador, dominado todavía por las ideas de su época, en que la Provincia de Buenos Aires defendía los derechos acordados por el pacto 11 de Noviembre, que para honor del país y de su nacionalidad, ha quedado olvidado, decía tímidamente en la nota de remisión de 1865: «he dejado un título que se halla en todos los Códigos. *De los registros del estado civil de las personas*. Por sólo una excepción en nuestra Constitución, ha correspondido al Congreso dictar algunos de los Códigos, dejando el de Procedimientos á la Legislatura de los Estados. Buenos Aires tiene una buena ley sobre la materia, que yo propuse en años pasados, que *podía trasladarse al Código Civil*; pero esto podría estimarse como una usurpación de los derechos de Estados independientes, pues sería necesario disponer sobre los deberes de los curas, de la policía de cada pueblo y de la Municipalidad de cada Estado. Debía suponer existentes esos registros que se crearan por las Legislaturas respectivas, para llevar á efecto el Código Civil de la Nación.» Este ilustre sabio no escapó á las preocupaciones de su época, y al defender á los Estados, su principal idea era defender á Buenos Aires, que no soportaba con docilidad la presión nacional.

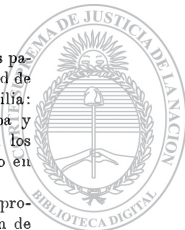
Reconocía que el Código Civil Argentino quedaba incompleto, porque tomando al hombre desde su concepción en el seno materno para protegerlo en su existencia, pues lo considera existente cuando hubiere de recibir bienes por donación ó herencia, y sin embargo, lo abandonaba al nacer, sin darle los medios de justificar su aparición en el mundo de un modo uniforme, cuando á esa aparición van unidos los derechos de familia, para probar su filiación, y los derechos sucesorios anexos. Dejaba á las Provincias derechos primordiales, de legislación sustantiva, porque el nacimiento y la muerte son la base de los derechos más importantes que legisla el Código Civil.



¿Cuáles son los Códigos de procedimientos que las provincias pueden dictar? Son indudablemente los que se refieren á los juicios para hacer valer los derechos, cuando hubiere controversias ó violaciones de los concedidos expresamente por las leyes, ó que nazcan de la naturaleza misma del ser racional, ó para que no se le prohíba ejecutar lo que la ley no le hubiere prohibido, ó que se le obligue á hacer lo que la ley no manda. De ahí la necesidad de los juicios ordinarios, ejecutivos, sumarios, posesorios, petitorios, criminales, comerciales, etc., ó cualquier procedimiento en que la autoridad de un juez ó tribunal tenga necesidad de ejercerse para declarar ó proteger un derecho. Este es el campo de acción de la ley adjetiva; estas son las leyes de procedimiento que las provincias pueden dictar; pero la forma en que un acto jurídico debe ejecutarse; el modo como debe probarse la existencia de un derecho, corresponde necesariamente á la ley sustantiva, porque la existencia del derecho sólo comienza cuando se ha llenado la forma en que debe aparecer como tal derecho. Así, un acto de última voluntad no puede ser considerado como válido sino en la forma escrita, y así mismo llenando las formalidades que la ley ha exigido para que se le considere como tal; por eso el testamento no puede ser sino ológrafo, por acto público, cerrado, ó especial. La enajenación de un bien raíz no puede conferir derechos reales, mientras no se haya extendido la escritura pública y entregado la cosa, y el Congreso, al dictar el Código Civil, ha determinado en cada caso la forma del contrato y aun de la escritura pública que comprueba el acto. ¿Por qué no habría podido legislar sobre el modo como debe hacerse constar el nacimiento y la muerte, que son hechos creadores de derechos? La ley de forma, ó del juicio, nada tienen que ver con tales actos. Por eso criticaba, con razón, el Dr. Alberdi, este defecto del Código Civil, cuando decía: «por lo demás, no es un mero título lo que ha dejado el autor, omitiendo estatuir sobre *los registros del estado civil de las personas*: es una parte de la soberanía civil de la República Argentina, dejada en manos del rey de Roma, Supremo Pontífice de los católicos; incurrir en esa omisión era dejar á la República Argentina en la condición de colonia ultramontana, no en lo religioso sino en lo más temporal de los objetos del Código Civil, de una nación libre y soberana, á saber: la

constancia y la prueba de la legitimidad de los hijos y de los padres, de la legitimidad de los matrimonios, de la legitimidad de la propiedad adquirida por herencia, el padrón de la familia: enorme omisión que deja en pie la edad media de la Europa y todo el antiguo régimen colonial en un estatuto, sin el cual los derechos civiles más esenciales de un argentino quedan como en el aire».

Y los que se paraban ante el fantasma de la autonomía provincial, que es una palabra sin sentido en nuestro régimen de gobierno, no han trepido en invadirla y violarla tratándose de la celebración del matrimonio. Es que no hay tal violación! Confunden la forma de un acto, que corresponde á la legislación sustantiva, con la forma y el procedimiento de los juicios que determinan las jurisdicciones, y el modo como deben deducirse las acciones que garanten los derechos. En la ley de matrimonio se ha dicho que el acto se celebrará ante un oficial público, con tales y cuales formalidades, y las Provincias tienen que crear ese oficial público por su propia autoridad, para que celebre los matrimonios en la forma que determine la ley nacional. ¿Hay invasión de jurisdicción se dirá? ¿Y por qué no la habría igualmente, cuando el Código dice que la compra y venta de inmuebles debe ser extendida en escritura, por un oficial que se llama escribano público, que debe ser hecha en protocolo bajo tales ó cuales formalidades? ¿Por qué no se considera como una violación, cuando el mismo Código establece cuales son los instrumentos públicos? Es que una cosa es la forma de un juicio, y otra la forma de un acto. En el juicio se determina el modo de deducir la acción, el tribunal destinado á entender la cuestión, y el procedimiento que se debe seguir para que el juez decida la controversia; á dónde se debe ir en apelación, y cuando la sentencia adquiere la autoridad de la cosa juzgada; mientras que la forma del acto, está unida á la existencia misma de ese acto que hace nacer el derecho con que la ley inviste al individuo que lo ha celebrado, y le da una acción para defenderse cuando es desconocido y violado, es en presencia de la violación que la ley de proceso viene en amparo del derecho declarado, determinando que autoridad debe resguardarlo, la forma en que la querella debe deducirse y los trámites á seguir hasta obtener la sentencia.





Debemos, pues, reaccionar contra una teoría que pone en la mano de las Legislaturas provinciales, la facultad de dictar leyes sobre la forma como debe probarse el nacimiento y la muerte. El Congreso Nacional, tiene atribuciones para dictar la ley del Registro Civil, que es un complemento necesario del Código Civil, y respondiendo á la necesidad de uniformar la legislación, debe hacerlo, sin que las provincias puedan alegar razón alguna para sostener que esa atribución les corresponde.

El Dr. Velez-Sarsfield, reconoce que todos los Códigos Civiles de los pueblos civilizados, contienen el título del Registro Civil, porque han considerado el acto del nacimiento, el del matrimonio y el de la muerte ó desaparición del individuo, como hechos que crean ó extinguen derechos. En efecto, desde que el niño está concebido, la ley lo defiende y pena severamente el aborto provocado; cuando aparece en el mundo, debe tomarlo bajo su protección, porque desde ese momento adquiere derechos para investigar la paternidad ó maternidad si ha sido expuesto; para obligar á su padre á reconocerlo, si es hijo natural; para llevar su nombre y heredar á sus padres si es legítimo; de ese acto nace la patria potestad, los derechos y deberes de los padres y las obligaciones de los hijos; del matrimonio, nacen los derechos y deberes de los esposos, el poder marital y la incapacidad relativa de la mujer, el divorcio, que no rompe el vínculo, pero que modifica los derechos de los esposos; y por fin, la muerte que trasmite los derechos del que ha desaparecido, rompiendo el vínculo que lo unía á este mundo en que su actividad se ha desarrollado; la muerte que engendra derechos porque los hijos continúan la persona de sus padres, y los herederos se colocan en el lugar del que ha desaparecido.

Ha sido necesario librar verdaderas batallas incruentas, en que felizmente la razón social ha salido triunfante, para arrancar á la Iglesia esta facultad secular que ella había ejercido; porque se creía con derecho para recibir al niño al nacer, librándolo de la mancha original por el bautismo, siguiéndolo en su evolución progresiva hacia la generación, por el matrimonio, y finalmente acompañándolo en sus últimos momentos hasta su muerte; es que entonces se confundía al hombre con el cristiano, y se le consideraba más como miembro de una comunión, que como



formando parte de una sociedad civil, con el objeto de perfeccionarse, desarrollando sus facultades para el bienestar común; la perfección del ideal cristiano, es trabajar para alcanzar la otra vida, á que se aspira incesantemente y de que no se tiene una idea clara; porque la inteligencia humana no puede concebirla; se la siente, se la desea, se la espera; pero la razón no puede explicarla, porque no hay concepción posible fuera de lo que cae bajo el imperio de nuestros sentidos.

Una vez que la Iglesia ha sido vencida en esta lucha, y que la sociedad civil ha tomado al hombre bajo su jurisdicción, es necesario vencer esta otra preocupación, fundada en un erróneo concepto de lo que es la legislación de forma y la de fondo, para que la Nación aparezca como soberana, imponiendo la unidad de legislación en todo el territorio de la República, cuando se tratare de hacer constar el nacimiento, la conservación, la transformación ó pérdida de un derecho que el individuo debe hacer valer. Nuestra Constitución Federal es unitaria en esta parte, como en muchas otras; desconoce la soberanía de los Estados, desde el momento que los somete en sus controversias á un Tribunal superior; porque es de la esencia de la soberanía el no reconocer Juez alguno.

El Congreso puede y debe dictar la ley del Registro Civil, incorporándola al Código Civil, como ya lo ha hecho con la ley de matrimonio; no podemos dejar á las leyes provinciales la facultad de determinar la forma de tales actos. Sobre todo, tengamos presente que el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional, faculta al Congreso para «dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, *sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales*, correspondiendo su aplicación á los tribunales federales ó provinciales, según que las cosas ó las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones»; de modo que la única limitación constitucional que tiene el Congreso, al dictar esos Códigos, es no alterar las jurisdicciones locales. ¿Y en qué se alteraría la jurisdicción local, cuando la ley dijera: el nacimiento de una persona se probará por la inscripción que se haga por un Oficial público, que debe ser escribano ó abogado, en un Registro con tales ó cuales formalidades? La jurisdicción provincial, ni el procedimiento de los juicios, no se ha rozado; las provincias no ten-

drían derecho para decir que se les impone una forma de proceder en juicio, ni que se altera la facultad de juzgar.

Si nos hemos detenido más de lo que ordinariamente permite un estudio limitado, como el que hacemos, es porque se trata de una cuestión de grande importancia, que rompe en su parte fundamental la unidad de la legislación, y deja trunco nuestro Código Civil.



CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS EMPLEADOS DEL REGISTRO

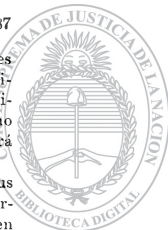
§ 2.--GENERALIDADES

La ley sobre el Registro Civil, tiene por objeto hacer constar los hechos relativos á la persona, de las cuales nacen derechos que son su consecuencia; algunos son voluntarios, como el matrimonio; otros se operan contra la voluntad, como el nacimiento y la muerte. Del nacimiento, depende la mayor ó menor edad; el matrimonio lleva consigo la legitimidad de la prole y el poder marital; la muerte hace cesar al individuo en todos sus derechos, dando ocasión á la sucesión y trasmisión de ellos, extendiendo la voluntad humana más allá de la existencia.

El estado de una persona, que el Registro Civil está destinado á probar, es la posición que ocupa en las relaciones de familia, como se dijo en la pág. 31 del tomo I; posición que no se debe confundir con la condición, que se refiere á la función que el individuo desempeña en la sociedad, como la de albacea, tutor, curador, etc.

Las actas del estado civil, están destinadas á demostrar únicamente el nacimiento, el matrimonio y la muerte, así como las consecuencias que de esos hechos se desprenden, como el reconocimiento de los hijos y otros actos semejantes. Del nacimiento nacen la capacidad de adquirir, la mayor ó menor edad, y por consiguiente la capacidad ó incapacidad por causa de la edad. Del matrimonio se deducen, el poder marital, la legitimidad de los hijos, la patria potestad y la emancipación. Del fallecimiento nacen, la representación del fallecido, la trasmisión de sus bienes y la facultad de disponer de ellos para después de su muerte.





El Registro Civil sólo está destinado á demostrar esos tres estados de la persona, y si bien prueba igualmente el reconocimiento que los padres hicieran de los hijos al contraer el matrimonio, se debe tomar tal acto como una consecuencia; así como en el caso de nulidad del matrimonio, cuya sentencia se hará constar en el registro.

Las actas del estado civil son instrumentos públicos y sus asientos hacen fe en juicio y fuera de él, mientras no sean argüidos como falsos; pero tienen de especial, que cuando fueren nulos por inobservancia de las formas establecidas, se permite restablecer la verdad de los hechos tales como han pasado, lo que no sucede en los demás instrumentos públicos.

§ 3.—DE LA VIGENCIA DE LA LEY

La ley de 31 de Octubre de 1884, que quitó al poder eclesiástico la facultad de llevar las actas del estado civil, limitó el radio de su acción bienhechora á la Capital y territorios federales, dejando á las provincias la facultad de establecer la forma en que debía hacerse constar el nacimiento de una persona, su matrimonio, ó la muerte, aunque más tarde comprendiendo el grave error en que se había incurrido, si se hubiera abandonado á las Legislaturas de Provincia la facultad de determinar la forma y celebración del matrimonio, la legisló y sometió al imperio de la ley nacional la prueba del acto.

Indudablemente que si el Congreso hubiera legislado el acto del nacimiento y el de la muerte para toda la República, no habría podido ordenar á los Estados Federados que tales ó cuales poderes debieran crear las oficinas del Registro Civil, porque eso habría sido entrar en los poderes propios de cada Estado, únicos que pueden determinar la creación de tales ó cuales oficinas. Así, pues, la disposición del **art. 1**, que dice: *dentro de los seis meses siguientes á la promulgación de la presente ley, las Municipalidades de la Capital y Territorios Nacionales, establecerán una ó varias oficinas de Registro del Estado Civil de las personas*; eso mismo pudo decir á las Provincias, y éstas habrían obedecido. ¿En qué se habría tocado su autonomía, ni la facultad que tienen para dictar sus leyes de procedimientos, si se les hubiera dicho: «den-



tro de los seis meses siguientes á la promulgación de la presente ley, el nacimiento, el matrimonio y la muerte de las personas se probará por las actas del Registro Civil, que serán redactadas por un oficial público con el título de abogado ó de escribano, con las formalidades expresadas en la presente ley?» Las provincias, como es natural, se habrían apresurado á crear las oficinas respectivas, como lo han hecho respecto del matrimonio, á fin de no dejar sin prueba alguna á los que habitaran dentro de su territorio. Pero, como lo hemos manifestado, la presente ley sólo rige para la Capital y Territorios Federales.

Aquí debemos rectificar un error deslizado en el tomo I, página 52, línea 23, donde dice: «lo que el Código Civil prescribe», debe leerse: «lo que la ley del Registro Civil prescribe»; error que se comprende, pues se viene hablando de la ley del Registro Civil, dictada en 1884, y porque es sabido que el Código Civil rige para toda la República, y finalmente porque hemos sostenido en diversas partes de esta obra que el Congreso tiene facultad para incorporar al Código Civil la presente ley. En el comentario al artículo siguiente se sostiene la misma teoría, lo que hace comprender el error tipográfico.

En cumplimiento de lo estatuido en el art. 1º, la Municipalidad de la Capital, en virtud de sus atribuciones, dictó una ordenanza en 1886, reglamentando las oficinas, y estableciendo en el art. 1, que: «para los efectos de la ley sobre el establecimiento del Registro Civil de las personas, divídese el territorio de la Capital, en tres secciones: una central, una al Sud, y una al Norte, cuyos límites fijará la Intendencia».

§ 4. — DE LAS OFICINAS Á CUYO CARGO SE ENCUENTRA EL REGISTRO

La ley ordena que en la Capital de la República, la Municipalidad, establecerá una ó varias oficinas del Registro Civil, y como acabamos de ver en la ordenanza reglamentaria, se hizo esa creación, y si bien la ley misma no indica que los funcionarios debían ser nombrados por la autoridad que tiene facultad para establecer las oficinas, así debe entenderse, no sólo porque es una atribución que se desprende de la facultad misma, sino porque no determinando la autoridad que debe nombrarlos, es lógico su-



poner que la Municipalidad tenga esa facultad. Por esa razón en los Territorios Nacionales, el P. E. Nacional, es quien designa el número de oficinas que se deben establecer, y nombra los empleados, cuando no existan Municipalidades, así dice el **art. 2:** *en los territorios nacionales donde no existe Municipalidad, el P. E., nombrará los empleados necesarios para el establecimiento del Registro, y determinará los límites del distrito en que deban ejercer sus funciones*, y se desprende esta consecuencia forzosa: donde exista Municipalidad, esta facultad le corresponde exclusivamente.

En la Capital federal, la Municipalidad ha concentrado funciones de importancia en una Oficina Central, que no es propiamente de registro, sino que está encargada de la superintendencia, reunión y conservación de todos los libros de las demás oficinas; así, dice la Ordenanza, reglamentaria de 1886, en su art. 2: «la Oficina Central del Registro estará á cargo de un jefe y de un segundo, que deben ser abogados ó escribanos públicos.

«Son atribuciones y deberes de la Oficina Central:

«1° La Superintendencia de las Oficinas de Sección á fin de que la inscripción se lleve uniformemente»; teniendo por consiguiente la facultad y el deber de hacer observar los formularios que la Municipalidad redactará, así como todo lo que se refiera á la uniformidad que las Oficinas deben mantener en cuanto á la inscripción.

«2° Inspeccionar el Registro de las Secciones y publicar mensualmente el resultado de la inscripción en la Capital», sin que se exprese como debe hacerse esa publicación, si en los diarios de la Capital ó en carteles que se fijarán en la Oficina respectiva ó en la Central únicamente. Es necesario determinar con claridad esa circunstancia, aunque su falta no perjudicará al registro mismo, y sólo tendrá la responsabilidad la Oficina Central, ante la autoridad que la ha creado.

«3° Conservar los Registros que remitan al fin de cada año las Oficinas de Sección y expedir los certificados que á ellos se refieran»; de modo que las Oficinas del Registro Civil no pueden tener en su poder sino los del año corriente. La Oficina Central determinará la forma de la entrega dejando constancia en cada



Oficina de su recibo, así como de la foliatura á que haya alcanzado, detallando todas aquellas circunstancias que puedan traer alguna alteración, no sólo para salvar la responsabilidad de la Oficina donde se han labrado las actas, sino de la misma Central, receptora ó depositaria. Cualquiera alteración que se encontrara en los Registros sin constar en los libros mismos, debe ser á cargo de la Oficina depositaria, pues se supone que allí ha tenido lugar.

4ª «Formar anualmente un índice alfabético de todos los registros seccionales y presentar una Memoria á la Intendencia, de los trabajos realizados y de las mejoras que la práctica aconseja». Estas obligaciones de la Oficina Central, como las demás que siguen, nada tienen que ver con la validez ó nulidad de los mismos registros, y su inobservancia no puede perjudicarlos.

5ª «Proveer á las oficinas de Sección de los útiles que necesitan y de los sellos móviles para los certificados que están autorizados á expedir, llevándoles la cuenta correspondiente». La responsabilidad de la Oficina Central es evidente, si no proporciona á las seccionales los sellos correspondientes para expedir los certificados, tienen derecho para dirigirse al Intendente á fin de que los proporcione, porque el público no debe sufrir por cualquier negligencia.

6ª «Alquilar locales para las Secciones, previa conformidad con la Intendencia», teniendo en cuenta el radio señalado á cada Sección del Registro, y tratando de colocar las oficinas en el centro de cada Sección, facilitando así al público la concurrencia.

7ª «Proponer á la misma (Intendencia) el nombramiento y separación de los empleados que no deben ser nombrados con acuerdo del Consejo deliberante»; porque si necesitaran ese acuerdo no deberían ser removidos sino en la misma forma en que fueron nombrados.

8ª «Recibir bajo constancia los sellos móviles necesarios para los certificados y rendir cuenta á la Intendencia de su importe y de los demás fondos que reciba».

9ª «Reemplazar á los Jefes de oficinas de Sección en los casos de enfermedad ó ausencias justificadas»; teniendo presente que esos Jefes tienen su reemplazante natural en el 2º Jefe, de acuerdo con el art. 3 de la ley; por consiguiente el reemplazo

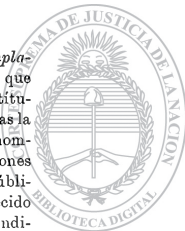


por el Jefe de la Oficina Central sólo tendrá lugar cuando falten los que deben redactar el acta.

10ª «Los deberes y atribuciones de carácter general de conformidad con las disposiciones de esta ordenanza», teniendo en cuenta que la Oficina Central no es en realidad una oficina del Registro Civil, sino la depositaria de todos los registros y la que tiene á su cargo la Super-Intendencia de todas las demás, con autoridad para velar por el cumplimiento de la ley y de la ordenanza reglamentaria. «Las oficinas de Sección estarán á cargo de un Jefe y un segundo, y tendrán los deberes y atribuciones referentes á la formación del Registro Civil que determina la ley de la materia y los que por esta ordenanza no correspondan á la Oficina Central», art. 8 de la ordenanza de 1886; así se tendrá muy presente lo estatuido en la ley del Registro Civil, **art. 3**, que dice: *las funciones que por esta ley se encargan al Jefe de la Oficina del Registro, serán desempeñadas, indistintamente, por él ó por su inferior inmediato*, de modo que cualquiera de los dos empleados que haya intervenido en el acto, éste no podrá ser atacado. La ley no rige la suplencia por causa justificada, coloca á los dos empleados en la misma categoría, dejando á la Oficina Central la vigilancia y averiguación de las faltas de asistencia del primer Jefe, excusando así cualquier cuestión que por esta causa pudiera suscitarse para atacar la validez del asiento, por razón de las personas que lo autorizan; pero es evidente que el asiento no tendría valor, y debería rectificarse, si otro empleado inferior lo hubiera autorizado.

§ 5.—DE LOS EMPLEADOS DEL REGISTRO CIVIL

El registro del estado civil de una persona, es un acto tan serio y trascendental, pues se derivan de él los más importantes derechos, que el legislador ha creído necesario encargar de su asiento y redacción á personas que tengan cierta competencia. No sólo es la importancia de los derechos que crea ó modifica, sino la autenticidad que se da al acta, que es considerada como un instrumento público que hace fe en juicio y fuera de él, mientras no sea arguido de falso por una demanda formal, y en tal carácter debe ser hecha por un oficial público, así dice el **art. 4**: *el jefe de*



la Oficina del Registro y su inferior inmediato que deba reemplazarlo, será abogado ó escribano público; pero si la autoridad que debe nombrarlos colocara á personas que no tuvieran estos títulos, no por eso los actos ejecutados serían nulos, pues mientras la autoridad que interviene en su designación no revocara el nombramiento, nadie podría discutirlo, porque se trata de condiciones personales, de cuya falta sólo son responsables los poderes públicos ante los jueces que la Constitución ó la ley hayan establecido para esos casos. Así, por ejemplo, un juez que no tuviera las condiciones exigidas por la Constitución ó las leyes, si fuera nombrado por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, sería tenido por tal, hasta que la Cámara de Diputados, por una acusación ante el Senado, constituido en juez, no lo privara de sus funciones. Es cierto que han sucedido casos en que los Tribunales Superiores se han negado á recibir en su seno á miembros nombrados por el P. E. con acuerdo del Senado, por no tener las condiciones exigidas por la Constitución; pero son casos tan raros, que demostrarían una gran depresión moral en los que ejercen el poder público, y sólo puede suceder cuando llegan á él personas que jamás debieron salir de las bajas capas sociales. En esos casos de descomposición política y social, porque llegan á pasar los pueblos, las leyes vienen á ser letra muerta, rigiendo la voluntad arbitraria del que manda, y el favoritismo viene á reemplazar la ley.

Los empleados públicos que dirigen las Oficinas del Registro Civil sólo deben actuar dentro de la jurisdicción que les hayan señalado las ordenanzas Municipales en la Capital federal, y los decretos del Gobierno Nacional en los territorios nacionales; por eso ha ordenado el art. 4 de la Ordenanza recordada de 1886, que «la Intendencia dispondrá la impresión de un plano del Municipio en que se determine con líneas claras los límites de las Secciones que con sujeción al art. 1 establezcan, á fin de que sean colocados en parajes visibles en la Oficina Central, en las de Sección, y en los Juzgados de Paz y Comisarias de Policía»; pero si por una equivocación cualquiera, el Jefe del Registro Civil de una Sección levantara actas de nacimiento, matrimonio ó defunción de personas no domiciliadas en esa Sección, esas actas no serían nulas por falta de jurisdicción; porque las divisiones establecidas por la autoridad, si bien determinan el límite de la



acción de cada Jefe del Registro, y les impone responsabilidades, no por eso invalida las actas. Para evitar esos errores es que ordena el art. 4 de la Ordenanza, que « los funcionarios y empleados de esas reparticiones dependientes de la Municipalidad, están obligados á indicar á cualquier persona que lo solicite, la Sección del Registro á que corresponde su domicilio, y la casa que ocupa la Oficina »; pero en parte alguna de la ley del Registro se invalidan las actas del estado civil, levantadas para los individuos domiciliados en otra Sección de la que les corresponda.

En cuanto al tiempo y forma en que deben entrar á ejercer las funciones, dice el **art. 5**: *los empleados del Registro, al recibirse del cargo, prestarán juramento ante el Intendente de la Municipalidad, ó ante el Gobernador del territorio*; y aunque la ley no lo dice, creo que no podrán entrar á ejercer sus funciones antes de prestar juramento, porque ese acto importa la toma de posesión del cargo para que han sido nombrados, y sin estar en posesión legal de su puesto no pueden comenzar á desempeñar las funciones correspondientes.

En cuanto á la cuestión de competencia de los oficiales públicos que llevan los registros del estado civil, se pueden examinar estas dos cuestiones: 1ª, si el Jefe del Registro Civil podría levantar actas válidas respecto de individuos domiciliados fuera de la Capital federal; 2ª, si el Jefe podría levantar actas relativas á sus parientes, consanguíneos ó afines.

Respecto de la primera cuestión, hemos dicho que, tratándose de individuos domiciliados en la Capital Federal, aunque los funcionarios, faltando á sus deberes, inscribieran partidas de personas que correspondieran á otra Sección, las actas serían válidas, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurriesen por la falta cometida; pero si las inscriptas fueran personas domiciliadas en la Provincia de Buenos Aires ó en otra vecina, que se inscribieran en la Capital, esa inscripción sería válida, en mi opinión, tratándose de partidas de nacimiento y de muerte, y aun de reconocimiento de hijos naturales; porque son hechos que en cualquiera parte que se celebren quedan probados, si se observan las formalidades exigidas por la ley. El nacimiento, como hecho generador de derechos, si no constare en registro alguno, se debe probar por testigos, lo mismo que el fallecimiento. ¿Y por qué no



serviría el acta levantada por el Oficial público, para demostrar este hecho? En este sentido, dice Demolombe: «la aplicación de esta regla no parece deber sufrir dificultad en lo que concierne á las actas de nacimiento y de defunción, y aun en las de reconocimiento de hijos naturales (art. 62; Coin-Delisle, sobre este artículo, n° 3). Creo, pues, que el Oficial del estado civil de una Comuna, es siempre competente para recibir los actos de nacimiento, de muerte y de reconocimiento, que tengan lugar en su Comuna, y que es el único competente, aunque se trate de individuos extraños á su Comuna.»

En cuanto á la segunda cuestión, el art. 24 de la ley del Registro Civil es terminante cuando dice, los Jefes del Registro *no podrán* autorizar partidas que se refieran á sus parientes ó afines; expresando así que serán nulas las que extendieran, porque todo lo ejecutado contra la prohibición de la ley es de ningún valor, si ella misma no ha señalado otro efecto, art. 18, Cód. Civ. No creo, sin embargo, que se pueda aplicar en este caso la regla del Código Civil, porque se trata de un acto que la sociedad necesita justificar por todos los medios de prueba, y por eso opino, como Coin-Delisle y Demolombe, que el mismo Jefe del Registro Civil puede levantar válidamente un acta de nacimiento de uno de sus hijos, ó casarse él mismo.

Siendo el registro del nacimiento ó defunción un acto necesario para determinar el estado de una persona, y obligatorio bajo penas pecuniarias, no podría exigirse impuesto alguno para realizarlo; así fué que el art. 23, de la ordenanza reglamentaria que establecía la obligación de pagar una cantidad por cada inscripción, fué derogada mandando que se hicieran gratuitamente; son obligaciones que la comuna debe cumplir, pagando los empleados destinados á hacer constar esos actos; por eso dice el **art. 6**, de la ley del Registro Civil: *los empleados del registro no percibirán más emolumento que el sueldo que les asigna la ley ó las ordenanzas municipales*; porque es una función pública la que desempeñan, y son pagados por el tesoro municipal.

CAPÍTULO II

DE LOS LIBROS DEL REGISTRO

§ 6.—MODO DE LLEVAR LOS LIBROS

Comparando el texto de la ley, con la ordenanza municipal reglamentaria, nos encontramos con una diferencia que puede dar origen á cuestiones, y que han debido evitarse; así, dice el **art. 7:** *el Registro del Estado Civil, se dividirá en tres secciones: una, de los nacimientos, otra, de los matrimonios y otra de las defunciones, y será llevado por duplicado y en tres libros, uno para cada sección*, mientras la ordenanza municipal en el art. 6, dice: «el Registro del estado civil será llevado en cada Sección, por duplicado y en *cuatro* libros; de nacimientos, de matrimonios, de defunciones y de reconocimientos de filiación, debiendo dichos libros presentar márgen suficiente para las anotaciones á que se refiere la ley»; pero esta disposición que crea un cuarto libro, no puede invalidar los reconocimientos que se hicieran en el acta misma del matrimonio, ó los que tuvieran lugar con arreglo á los arts. 48, 49 y 50, de la ley. Es una formalidad que facilita la investigación, determinando que el reconocimiento de la filiación se encuentre en un libro especial destinado á este efecto; si por cualquiera causa no existiera, y el libro ó la partida de reconocimiento se encontrara en el libro destinado á los nacimientos, esa circunstancia no la invalidaría, porque valdría como instrumento público; lo mismo sucedería si fuera hecho ante escribano público ó proviniera de una sentencia firme, que se anotara equivocadamente en el libro de los nacimientos.

Y aquí debemos hacer notar que las oficinas que las Provin-





cias crearán para el Registro del estado civil, tendrán que regirse por la forma determinada en las leyes de su creación; porque la presente ley rige únicamente para la Capital y Territorios Nacionales; de modo que el Congreso ha dejado á las Legislaturas de provincia la facultad de determinar la forma y modo en que debe hacerse constar el acto, introduciendo así variaciones para la demostración de hechos tan importantes que son generadores de derechos, que el Código Civil reconoce y consagra; lo que reputamos un error y un inconveniente.

En cuanto á la duración y cambio de libros, la ordenanza reglamentaria establece en el art. 7, que «los libros se abrirán el 1° de Enero, y se cerrarán el 31 de Diciembre, remitiéndose entonces á la oficina central para su guarda y demás efectos legales». La Oficina Central es una creación de la ordenanza, y según ella es la depositaria de todos los libros del Registro Civil. Habría sido preferible que la ley la hubiera creado dándole la autoridad que sólo ella puede dar, cuando se trata de instrumentos públicos y de sustitución de empleados; porque debe recordarse que el Jefe de la Oficina Central, que tiene su peritendencia sobre las Oficinas de Sección, puede sustituir á los Jefes de estas oficinas en ciertos casos, y que tiene facultad para expedir las copias de las partidas del Registro, que tienen la fuerza de un instrumento público.

En cuanto á las formalidades que deben llenar los libros del Registro, eso depende de la Municipalidad que los provee; pero los Jefes del Registro los recibirán únicamente cuando llenen las condiciones del **art. 8**, que dice: *los libros llevarán en sus primeras páginas el texto íntegro de la presente ley, y sus hojas serán numeradas y firmadas por el Presidente de la Municipalidad, ó el Gobernador del territorio, debiendo éstos certificar en la última hoja el número de ellas que tuviese cada libro.*

Cuando esa ley se dictó, la Municipalidad tenía un Presidente, porque no estaba dividida como al presente, en Poder Legislativo, que lo forma el Concejo Deliberante con un Presidente, y en Departamento Ejecutivo, á cuya cabeza se encuentra el Intendente nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado; de modo que cuando el artículo que estudiamos dice, el Presidente de la Municipalidad debe rubricar los libros, se debe

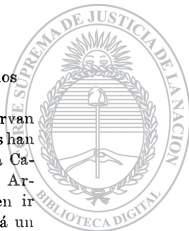


entender que es el Intendente, pues es el Jefe de la administración.

Para que sea imposible cualquier intercalación en las hojas del Registro, el Intendente debe numerar y firmar cada hoja, y al final certificar el número de hojas. Si por equivocación se hubiera salteado alguna hoja ó estuvieran repetidas en la numeración ó se cometiera cualquier otro error, deberá salvarse al final expresándose esa circunstancia en el certificado de la última hoja.

La formalidad exigida por este artículo es tan esencial, que me inclinaría á negar autenticidad á las partidas de un libro que no las tuviera; por esa razón opino que los Jefes del Registro Civil podrían negarse á recibir los libros que no se encontrasen en esas condiciones, ocurriendo hasta el Concejo Deliberante para que se llenen.

Hay otras formalidades, cuya falta no alterará la autenticidad de las partidas, aunque su inobservancia pueda traer penas al Oficial público; de esta clase son las que exige el **art. 9**, cuando dice: *al fin de cada libro se agregará un índice alfabético de todas las partidas que contenga, tomando al efecto para la inscripción, la primera letra del apellido del inscripto, y en los matrimonios, las iniciales del apellido de ambos cónyuges, separadamente*; la inobservancia de esta formalidad, no afectará la validez de los actos contenidos en el Registro, porque no toca á las partidas registradas; está en la misma categoría la formalidad del **art. 10**, que dice: *el último día del año se cerrarán los libros del Registro, certificándose al fin de ellos por el Jefe de la Oficina y el Presidente de la Municipalidad, ó el Gobernador del Territorio, el número de partidas que cada uno contenga, y se archivará un ejemplar en la Oficina y otro en el Archivo General de los Tribunales, ó en la Gobernación del Territorio*; por consiguiente, estarán obligados, los Jefes del Registro, á remitir á la Oficina Central de la Capital, un ejemplar de los Registros, y el otro al Archivo General. Cuando la ley habla del Presidente de la Municipalidad, cuyo puesto no existe al presente, debe entenderse que se refiere al Intendente Municipal. En los Territorios Nacionales, los conservarán en la Oficina del Registro.



§ 7. — DE LA PÉRDIDA, EXTRAVÍO Ó ALTERACIÓN DE LOS LIBROS

Hemos dicho que los Jefes del Registro Civil no conservan en su poder sino los libros del año corriente; una vez que los han cerrado con la intervención del Intendente Municipal de la Capital ó del Gobernador del Territorio, se deben remitir al Archivo General, con esta diferencia: que en la Capital deben ir á la Oficina Central, mientras en los Territorios quedará un ejemplar en la misma Oficina, para que pueda expedir los certificados que los interesados solicitaren, sin tener que ocurrir á la Capital Federal para pedirlos del Archivo.

Así, pues, en caso de pérdida de uno de los dos ejemplares, dice el **art. 11**: *si se perdiese ó destruyese alguno de los libros del Registro, se sacará inmediatamente copia en otro que reúna las mismas formalidades exigidas en el art. 7, debiendo certificar su exactitud, tratándose de libros archivados, los encargados de la custodia de uno y otro ejemplar, y en caso contrario, el Jefe de la Oficina y el Presidente de la Municipalidad, ó el Gobernador del Territorio.* Cuando uno de los ejemplares se encontrare archivado en la Oficina Central, y se extraviare el del Archivo General, deberán intervenir para certificar la exactitud del Registro que deba reemplazarlo, el Jefe de la Oficina Central y el Archivero, después que el Intendente hubiere foliado y certificado en la última hoja, expresando el número de ellas que contenga el libro, con arreglo á lo expresado en el art. 8, y no en el 7º, como equivocadamente se dice en el artículo. ¿Y quiénes deberán intervenir cuando se destruyere ó desapareciese el ejemplar que se conserva en la Oficina Central? Es el Archivero General que está encargado de la custodia y el Jefe de la Oficina Central, pues el artículo dice, que deberán certificar de su exactitud los encargados de la custodia de uno y otro ejemplar. Cuando se extraviare alguno de los ejemplares que se conservase en la Oficina de los Territorios Nacionales, intervendrá el Jefe de esa Oficina y el Gobernador del Territorio, quien llenará las formalidades exigidas por el art. 8.

La ley del Registro Civil no ha creado la Oficina Central que tiene la superintendencia sobre las de Sección, es la Ordenanza



Municipal de 1886, que la estableció como un archivo general del Municipio, para que se depositasen allí todos los registros concluidos en el año, y sin tener en cuenta esa creación, dice el **art. 12**: *el Jefe de la Oficina del Registro, el Archivero general y los Gobernadores de los Territorios nacionales, son responsables de la destrucción, alteración ó pérdida de los libros confiados á su cuidado, si no probasen haber sido ocasionados sin su culpa*; artículo que viene á quedar reformado para la Capital Federal en esta forma: el Jefe de la Oficina Central del Registro, etc., será responsable, etc.; porque los Jefes de Sección no tienen los libros concluidos en su poder; pero en cambio responderán de los que llevan mientras están bajo su custodia.

En caso de incendio, robo ó cualquier otro acontecimiento que destruyera ó hicieran desaparecer los libros que llevan los Jefes de Sección, éstos deberán justificar que no han tenido culpa en la desaparición ó alteración. Pero, ¿cómo se reconstituirán? No hay elementos escritos, y la ley ha debido prever un caso que puede suceder, dejando sin estado civil á las personas, dándoles los medios para que pudiera rehacerse sin ocurrir á la justicia ordinaria. Se ha debido autorizar al Jefe del Registro Civil para que sentase las partidas cuya autenticidad se certificase, así como para archivar las copias autorizadas que los interesados presentaran, dando á su vez una copia de ellas. Así, el padre que desea reconstituir una partida de bautismo le bastaría presentarse al Jefe del Registro Civil haciendo la declaración correspondiente, y abonando su afirmación por dos testigos; la ley debió facultar al oficial público para sentar la partida; sin embargo, tal como está, sólo el juez competente podrá recibir esa información y mandar inscribirlas.

§ 8.—DE LAS PERSONAS QUE DEBEN INTERVENIR EN LAS ACTAS

Desde el momento que se comienza el estudio de la ley del Registro Civil, se presentan solicitando un estudio especial las cuestiones siguientes:

1ª ¿Qué personas figuran necesariamente en las actas del estado civil?



2ª ¿Cuáles son las condiciones extrínsecas é intrínsecas que deben observarse al redactar las actas del estado civil?

3ª ¿Qué condiciones deben tener los libros en que están destinadas á sentarse las partidas del estado civil?

Ocupémonos en este párrafo de las personas, estudiando en los siguientes lo que se relaciona con las otras cuestiones.

En principio general, en toda acta de estado civil, intervienen tres clases de personas: 1ª, el Jefe del Registro Civil que debe redactar el acta y autorizarla; 2ª, los testigos que afirman y atestiguan la verdad del acto; 3ª, los comparecientes ó declarantes, y algunas veces, las partes interesadas que deben concurrir. Se debe observar con respecto á esta última parte, que hay actas en que los testigos pueden desempeñar un doble papel, el de declarantes y de testigos, como, por ejemplo, en los casos de defunción á que hace referencia el art. 73 de esta ley.

§ 9.— DEL JEFE DEL REGISTRO CIVIL

Antes del establecimiento de la ley del Registro Civil, eran los Curas Párrocos los que levantaban las actas de nacimiento, matrimonio y defunción, y como son ministros de una religión determinada, los que no pertenecían á esa comunión, tenían que ocurrir á sus propias iglesias, y cuando no la tenían en el lugar donde había ocurrido el hecho que debía inscribirse en el Registro, corrían el riesgo de quedar sin partida que demostrara el nacimiento ó el matrimonio. En cuanto al fallecimiento, como los cementerios eran católicos, sujetos á la autoridad de la Iglesia de esta comunión, los Curas Párrocos no daban permiso para la inhumación de aquellos que no pertenecían á su religión, y aun la negaban al que no hubiera cumplido con las últimas formalidades que ésta exige; de ahí esa lucha constante entre los que exigen la libertad de la conciencia y el respeto mutuo de las creencias y los que las negaban, sin acordarse que ellos se quejaban á su vez, cuando se los trataba en la misma forma en los países protestantes. Hubo necesidad no sólo de crear cementerios de disidentes, sino autorizar á los pastores para que levantasen las actas de defunción, nacimiento y matrimonio, y á la Municipalidad, en caso no hubiera pastores de esa secta.



Nuestro país, que debe su grandeza y prosperidad al elemento extranjero que incorpora y amalgama la sociedad argentina, necesitaba borrar de su legislación disposiciones semejantes, arrancando á la Iglesia funciones que corresponden á la autoridad civil, y después de una lucha incesante, comenzó por quitar á la Iglesia la facultad de intervenir en los cementerios, convirtiendo el acto de la inhumación en un hecho puramente civil, sin perjuicio de los derechos de la familia del fallecido que podían rodearlo de las solemnidades religiosas, y después de una nueva lucha, consiguió conquistar para la autoridad civil todo lo que corresponde al nacimiento y al matrimonio. Así, pues, la ley civil interviene en el acto sólo para proporcionar á la sociedad un medio seguro de prueba, sin tener en cuenta la secta á que pertenezca el individuo, y las formalidades que el creyente crea necesario llenar, según la religión á que pertenezca.

La ley del Registro Civil, que vino á proclamar esta gran reforma, ha sido tímida, y se ha detenido ante el fantasma de las autonomías Provinciales, dejando que cada Provincia determine la forma en que el acto se hará constar, así como las condiciones que debe tener el ofical público que lo autoriza; de modo que cualquier Provincia puede ordenar que sea el Cura Párroco el que continúe con los Registros, en lo que se refiere á los nacimientos y defunciones; pero no así respecto del matrimonio, que no se considerará válido y con efectos civiles, sino cuando ha sido contraído ante el Jefe del Registro Civil, con las formalidades que la ley exige.

Contrayéndonos á la ley que rige en la Capital y Territorios Federales, hemos dicho que los encargados del Registro Civil deben ser abogados ó escribanos, así como el inferior inmediato destinado á reemplazar al Jefe.

Dijimos igualmente, con respecto á la jurisdicción, que sería válida el acta que se levantara para hacer constar el nacimiento, el matrimonio ó la muerte de individuos que no estuvieran domiciliados en la Sección que se les hubiera señalado, y que á pesar de la prohibición del art. 24, en que no puede autorizar las partidas que se refieran á sus parientes ó afines, si lo hicieren, esas actas no se anularían.

¿Podrá el Jefe del Registro Civil celebrar un matrimonio fue-



ra de la jurisdicción que se le ha designado, tratándose de individuos domiciliados en la Sección que le corresponde? ¿La competencia del oficial público, es puramente territorial, ó puede convertirse en personal? Sin perjuicio de que esta cuestión la estudiemos en el lugar correspondiente, me decido por la validez del acto; porque se trata de la prueba de un hecho, y aunque la ley ha determinado la jurisdicción de cada Jefe del Registro, en parte alguna ha penado con nulidad su inobservancia; más aún, autoriza á demostrar el acto del matrimonio por cualquier género de prueba, cuando el Registro se hubiere destruido.

§ 10.—DE LOS TESTIGOS EN LAS ACTAS DEL REGISTRO CIVIL

Nuestra ley del Registro Civil, es incompleta en esta parte, porque no tiene una disposición especial como la del art. 37, del Cód. Napoleón, que dice: «los testigos que deben figurar en los actos del estado civil, no podrán ser sino del sexo masculino, de veinte y un años de edad por lo menos, sean parientes ó extraños; serán elegidos entre las personas interesadas». El art. 14, habla sólo de testigos mayores de edad y vecinos del distrito, sin determinar las otras condiciones que deben tener.

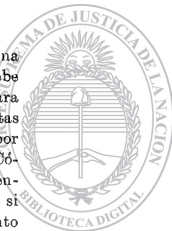
Si examinamos la ley del Registro Civil, nos encontraremos que el art. 29, obliga á *todo individuo* que hubiera presenciado un hecho, á comparecer para testificarlo; el art. 36, obliga al *pariente* más cercano, á hacer la declaración del nacimiento de los hijos legítimos, á falta ó en ausencia del padre ó de la madre; el art. 38, impone á la partera que hubiera asistido á un nacimiento, la obligación de denunciarlo; el art. 40, obliga á denunciar el nacimiento á *toda persona* que hallare un recién nacido; en cuanto á las defunciones, el art. 64, manda denunciar la defunción á *toda persona* que la hubiere presenciado; el art. 65, la extiende al *dueño* de casa, que puede ser mujer; el art. 66, obliga también al Superior del Convento, que puede ser mujer; el art. 67, manda denunciar la defunción á *toda persona* que encontrase un cadáver; y de esta vaguedad y generalidad, se ha suscitado la cuestión sobre si se debe aplicar al Registro Civil el art. 990, del Cód. Civil, rechazando á la mujer como testigo.

Para resolver ~~esta~~ cuestión, que es la primera que se nos pre-



senta solicitando una solución clara y fundada, es necesario que comencemos por distinguir entre el denunciante y el testigo. Cualquiera puede ser denunciante de un nacimiento ó de una defunción; pero puede no tener las condiciones para ser testigo del acto, en que el oficial público haga constar el hecho. Así, por ejemplo, un menor de edad, puede denunciar una defunción; pero el oficial público para hacerla constar en el Registro Civil, necesita dos testigos mayores de edad que conozan al individuo, según el art. 14. Pero ¿de dónde se deduce, por ejemplo, que las mujeres no pueden ser testigos, cuando no hay prohibición expresa? Se dice, el acta levantada por el oficial público, y la copia que de él se expida hacen fe en juicio y fuera de él, mientras no sea argüida de falsa, según el art. 26; es decir, que esa acta es un instrumento público, pues tiene toda su fuerza, desde que produce el mismo efecto señalado en el art. 993 del Cód. Civil, y en esas condiciones las actas del Registro Civil deben sujetarse á las prohibiciones contenidas en el art. 990, en que expresamente no se permite atestiguar á las mujeres; y para salvar las dificultades que semejante teoría levanta en los que la contradicen, se hace la distinción siguiente: el art. 990, rige como regla general para los instrumentos públicos, siempre que en el título correspondiente á ese instrumento no contuviera prohibición especial ó permitiera á los que en el título general prohíbe; así, por ejemplo, en el art. 14 de la ley del Registro Civil, se exige que los testigos sean mayores de edad, luego se agrega, no podrán ser testigos los menores emancipados; el art. 990, prohíbe ser testigos á los que no saben firmar, mientras el art. 14 les permite atestiguar á condición de que el oficial público exprese la causa que les impidió firmar. Según estos principios, con los que no estoy conforme, no podrán ser testigos en las actas del Registro Civil, las mujeres, los menores de edad, aunque sean emancipados, los dementes, los ciegos, los que no tengan su domicilio ó residencia en el lugar, los dependientes del oficial público, 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.

Los que sostenemos la opinión contraria decimos: que la ley del Registro Civil sólo exige dos condiciones para ser testigos en



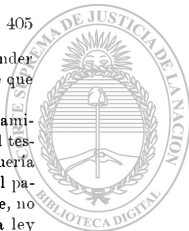
las actas; ser mayor de edad, y vecino del distrito: que es una ley especial para la Capital y territorios federales, que no debe someterse á la regla general establecida en el Código Civil para los instrumentos públicos; que si quisiéramos ajustar las actas del estado civil á los instrumentos públicos, comenzáramos por ponerlas en abierta contradicción, pues el art. 990 del Código Civil permite atestiguar á los menores emancipados, mientras el art. 14 de la ley del Registro Civil se lo prohíbe; que si bien es cierto que las actas tienen la fuerza de un instrumento público, debe tenerse presente que se trata de la constancia de hechos que la ley autoriza á demostrar por cualquier género de prueba, y no de actos jurídicos en que se limita la libertad de la persona; que un contrato por valor de más de doscientos pesos, ó un testamento, no se pueden probar por testigos, mientras el nacimiento ó la defunción debe hacerse constar por cualquier género de prueba; que el nacimiento y la muerte son hechos que la sociedad está interesada en hacer que se demuestren, con independencia del interés individual; que como dice Demolombe, I, 280: «por una parte se ha debido tener el dificultar la redacción de estos actos necesarios, que deben ser redactados frecuentemente en un breve término, al exigir en los testigos cualidades difíciles de llenar, sobre todo en las campañas; por otra parte, el motivo que ha hecho separar, para los actos notariados, el testimonio de los parientes de las partes contratantes, no existe en este caso. En las convenciones ordinarias la comunidad posible y aun ordinaria de intereses ha debido hacer que se temiera la complacencia, la parcialidad culpable de los testigos parientes de las partes; mientras que en los actos del estado civil, el interés de los parientes, casi siempre herido por el hecho que se hace constar, es por el contrario una garantía de la fidelidad de su testimonio; un hermano, por ejemplo, ¿no tendría interés en que su hermano no hubiera tenido hijo, si él era su heredero presunto? ¿Qué testimonio sería, pues, mejor que el suyo en la acta de nacimiento?» Además, ¿cómo se probaría el fallecimiento de una monja que nadie conoce, sino por la declaración de la superiora del convento y otras de las enclaustradas?

Además de estas razones, que son de mucho peso, debemos agregar, que se trata de una prohibición que la ley del Registro

Civil no impone, y que no es de buena interpretación extender por analogía, la disposición del art. 990, bajo el pretexto de que las actas tienen la fuerza de un instrumento público.

Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, n° 812, examinando la condición del art. 37, Cód. Francés, de ser varón el testigo, dicen: «en nuestro derecho intermediario, no se requería esta condición, y las mujeres eran admitidas á desempeñar el papel de testigos en las actas del estado civil. Efectivamente, no existe buena razón para excluirlas. También en Italia una ley de 1877 autoriza á las mujeres para servir de testigos en todos los actos públicos y privados. Una proposición de ley concebida en estos términos ha sido depositada el 17 de Febrero de 1887, en la Cámara de Diputados». Y cuando la legislación europea, arrojando las preocupaciones del pasado, incorpora á la mujer á la actividad moderna, nosotros, pueblo joven, sin preocupaciones, que no tenemos resistencia para apropiarnos las conquistas de la civilización actual, no podemos crear para la mujer una posición que la deprime y la aleja de la vida activa, á la que se incorpora animosamente, extendiendo su inteligencia por el estudio y la meditación. Sobre todo, si la mujer puede ser testigo en una causa cualquiera, y si para demostrar el hecho del nacimiento puede ser llamada ante un tribunal para declarar, y ser tenido en cuenta su testimonio, ¿por qué se la excluiría de ser testigo en el acta de ese mismo hecho?

Según la teoría que sostengo, el art. 990 del Cód. Civil no debe ser aplicado á la ley del Registro Civil, que sólo exige para ser testigo, la mayoría de edad y la vecindad. Pero los que no son vecinos del distrito donde ejerce sus funciones el Oficial público, ¿no podrán ser testigos? ¿Y su intervención en caso contrario anulará el acto? Ya lo hemos dicho, en ninguna parte de esta ley se declara nulo el acto; tenemos la disposición general del art. 18 del Cód. Civil, en que se declara que todos los actos prohibidos por la ley son de ningún valor, si ésta no les ha señalado otro efecto; pero la disposición del art. 14 de la ley del Registro Civil, que impone la condición á los testigos de ser vecinos, no es prohibitiva; determina una condición que el Oficial público debe exigir; pero si no se cumpliera el acto no sería nulo, por más que el encargado del Registro pudiera ser pasible de una pena.





§ 11.—DE LOS COMPARECIENTES, DECLARANTES Ó PARTES
INTERESADAS

Los comparecientes ó declarantes pueden desempeñar el papel de testigos, si se encuentran en las condiciones de la ley; pero su misión principal y obligada es dar cuenta á la autoridad que un nacimiento ó una defunción ha tenido lugar, para que el Jefe del Registro Civil concorra á levantar el acta correspondiente, haciendo constar el hecho. Así, el denunciante puede ser un menor de edad, siempre que sea púber, de un hecho de esa naturaleza; si es mayor y domiciliado en el distrito, puede y debe servir de testigo, si es que conoce al individuo fallecido, ó sobre quienes son los padres del recién nacido. Se concibe, dice Demolombe, que no hay lugar de exigir aquí condiciones de aptitud, las mujeres, los menores pueden ser, pues, declarantes, cuando se encuentran en las circunstancias de hecho, en que la ley les defiende esa misión, cuando por ejemplo, han asistido á un alumbramiento. Basta que se encuentren en condiciones de dar un testimonio digno de confianza.

Las partes interesadas no están obligadas á comparecer personalmente; pueden hacerse representar por otro, siempre que den poder especial para el acto, cuando se tratare, por ejemplo, del matrimonio; en los demás actos no se necesita representación. La declaración de un nacimiento no es un acto personal, en que el padre ó la madre tengan la necesidad de ir al Registro Civil; bastará que lo avisen, para que el Oficial público esté obligado á ir á cerciorarse de su existencia, y extender la partida correspondiente.

El compareciente, según los casos, puede ser el mismo interesado, como por ejemplo, en el matrimonio, y entonces se distingue del que por la ley está obligado á declarar por conocer el hecho que debe registrarse; en la generalidad, puede servir de testigo, si es mayor de edad, aunque tenga interés en hacer constar la verdad del hecho, como en los nacimientos y defunciones.

CAPÍTULO III

DE LAS PARTIDAS DEL REGISTRO EN GENERAL



§ 12.—CÓMO DEBEN INSCRIBIRSE LAS PARTIDAS DEL REGISTRO CIVIL

Según la Ordenanza de 1886, en la Capital Federal deberán llevarse cuatro libros en vez de tres á que se refiere el art. 7, y *las partidas del Registro se pondrán en el libro correspondiente una después de otra, en orden de número sin dejar blanco entre ellas, y deberán expresar la fecha en que se extiendan y el nombre, edad, estado y domicilio de cuantas personas en ella tomen parte (art. 13)*. Pero viene la cuestión que no resuelve la ley del Registro Civil. ¿Serán válidas las partidas que se asentaran en los libros sin llenar las formalidades exigidas por este artículo? Por ejemplo, cuando no estuvieren asentadas en orden de número ó hubiera entre ellas blancos, ¿se anularán por la falta del encargado del Registro? No lo creo; porque no son formalidades esenciales que dejen sin valor el acto, y juzgo, que como instrumento público debe sujetarse á lo prescripto en el Código Civil, pero sólo podrían anularse aquellas actas en que no se hubieren cumplido las formalidades prescritas por la ley, bajo pena de nulidad, y como ésta no las establece, resultaría que no habría formalidad esencial; así, pues, nos deberemos atener á las disposiciones del Código Civil en lo que fueran aplicables.

Debe observarse que la ley del Registro Civil tiene por objeto hacer constar hechos, que si bien son la fuente de derechos que nacen del acto realizado, sólo interviene una persona que los declara, y sobre el que pesa la responsabilidad de la declaración; no es un contrato ó un acto jurídico que interesa únicamente á



los particulares; aquí la acción social está interesada en hacer constar la aparición ó desaparición de la persona, así como el vínculo que se contrae por el matrimonio, y que tiene consecuencias tan importantes. Y la sociedad está de tal modo interesada en que haya constancia de esos hechos, que cuando no los declaran ó lo hacen errónea ó maliciosamente, hasta de oficio manda hacer las investigaciones del caso. Así lo ordena el art. 28, y el Jefe de la Oficina hará las investigaciones necesarias para extender el asiento correspondiente.

Un asiento que no tuviera la fecha, ó en que se hubiera cambiado el nombre ó la edad de las personas, se podrá rectificar, sirviendo de principio de prueba el acta incompleta levantada, á diferencia de lo que sucede en los contratos ó actos jurídicos que se declaran nulos y sin valor alguno, considerándolos como si jamás hubieran existido. Es que la sociedad tiene un verdadero interés en hacer constar el nacimiento de una persona, así como su matrimonio ó su fallecimiento, porque son hechos que engendrán derechos sobre que ésta se encuentra fundada y sin los que no podría existir. En efecto, sin el acta del nacimiento no habría posibilidad de conocer la edad y familia á que pertenece el recién nacido; sin la constancia del matrimonio no habría potestad marital, administración de bienes, y legitimidad de la posteridad, y sin el acta de fallecimiento no existiría transmisión de bienes. Así es que el oficial público, hasta de oficio, está obligado á investigarlos en ciertos casos, como en el recordado del art. 28, en que el Jefe de la Oficina que tuviera conocimiento de un hecho que deba ser inscripto, si pasare el término designado sin solicitar la inscripción, debe hacer las averiguaciones del caso para extender el asiento, sin perjuicio de denunciar á los infractores.

En cuanto á la forma en que debe hacerse la inscripción, dice el **art. 14**: *toda la partida deberá asentarse en los dos ejemplares del Registro y será sellada en ambos con el sello de la Oficina, y firmada por el Jefe de ella ó su reemplazante, los interesados y dos testigos mayores de edad y vecinos del distrito, expresándose la causa que impida firmar á éstos ó aquéllos*; es decir, los testigos pueden serlo, aunque no sepan escribir su nombre, contra lo expresado en el art. 990 del Cód. Civil, que no los admite en los instrumentos públicos, y que, sin embargo, están facultados para



concurrir al testamento por acto público ó al cerrado, que son también instrumentos públicos, lo que viene en apoyo de la teoría que hemos sostenido, de que para atestiguar en las actas del Registro Civil, únicamente se necesita ser mayor de edad y vecino; y que si faltara esta última condición, el acto tampoco sería nulo.

La obligación de sellar con el sello de la Oficina cada una de las actas que se levantaren, tampoco es una condición esencial de validez; pero el Oficial público que no cumpliera con el mandato de la ley, podrá ser pasible de pena, sin invalidar el acto.

§ 13. — DE LAS ANOTACIONES MARGINALES EN LAS ACTAS DEL
REGISTRO CIVIL.

Cuando por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se mandase hacer alguna anotación, *las notas marginales serán igualmente selladas y firmadas por el Jefe de la Oficina en ambos ejemplares del Registro, y aun por los interesados y testigos, si ellas no fuesen de simple referencia (art. 15)*. Las notas marginales de simple referencia son aquellas que no alteran ni modifican la partida, sino que la explican y completan; por ejemplo, la partida de nacimiento de un hijo natural, en que el padre ó la madre por un acto posterior ó por una sentencia firme viene á reconocerlo en una escritura; el Jefe del Registro anotará al margen de esa partida que, en tal fecha y por tal acto ha sido reconocido, ó que habiéndose realizado el matrimonio han legitimado al hijo inscripto como natural. En estos casos, la firma de los interesados es innecesaria, porque el Oficial público se refiere á los actos realizados en su presencia, y que han quedado concluidos; la nota marginal viene á referirse á esos actos, ligándolos, para que no figuren aisladamente.

Como se notará más adelante, la ley del Registro Civil impone al Jefe del Registro la obligación de dar lectura del acto á los comparecientes ó sus apoderados y á los testigos, haciendo mención de esta circunstancia, como lo ordena el art. 38 del Cód. Napoleón. Es una formalidad importante, y de la que se ha hecho depender en varios casos, la validez de ciertos actos, y ha impuesto penas al Oficial público que faltare á las obligaciones impuestas, pues el art. 92 habla de las personas que hagan lo que



la ley prohíba, ó se abstengan de hacer lo que ella manda, ó im-
pidan á otros el cumplimiento de sus preceptos, y por cierto com-
prende al Oficial público encargado del Registro. Ha dicho igual-
mente, que no podrá expresarse en las partidas nada que sea
impertinente, siguiendo al art. 35 del Cód. Napoleón, que dice:
«los Oficiales del estado civil no podrán insertar nada en las
actas que ellos reciban, sea por notas, sea por una enunciación
cualquiera, sino lo que debe ser declarado por los comparecien-
tes»; de modo que el Oficial público sólo debe consignar lo que
declaren los comparecientes, y que corresponda al objeto sobre
que se refiere. Es cierto que en el matrimonio el Oficial público
tiene un papel activo, pues los declara unidos en matrimonio, en
nombre de la ley; pero fuera de esos casos, no debe prestar su
ministerio sino para hacer constar el acto de que se trata; así, por
ejemplo, si tiene que extender un acta de defunción, debe limi-
tarse á consignar el nombre de la persona que se dice fallecida,
y la declaración de los testigos que afirman ser ese su nombre,
así como las demás circunstancias que determinan la individua-
lidad de la persona, consignando los nombres de los padres, según
la relación que le sea hecha; lo mismo sucederá con relación al
nacimiento; si los testigos dicen que es hijo legítimo de fulano
y de zutana, se consignará en el acta, sin que el Oficial público
esté obligado á hacer averiguación alguna; más aun, aunque sepa
que no es tal hijo legítimo, deberá consignar la declaración, por-
que su obligación en este caso es hacer constar el dicho del inte-
resado y de los testigos, dejándoles la responsabilidad y la prueba
de su afirmación; pues se debe facilitar en lo posible la ins-
cripción del acto; en cuanto á las consecuencias que nazcan
de él, quedarán para una prueba posterior si la declaración fuera
contradicha. El acta del nacimiento sólo hace fe respecto del he-
cho del nacimiento mismo, que está destinado á probar, y del re-
conocimiento que los padres hicieron en ese acto; pero no establece
la legitimidad del hijo, que dependerá del matrimonio de los pa-
dres, y no de una simple declaración, que jamás tendrá el poder
para crear el vínculo del matrimonio. Así, pues, en lo que con-
ciernen á las declaraciones que hicieron los interesados y testigos,
el Oficial público no puede ejercer contralor de ninguna especie,
y sólo tiene facultad para apreciarlas, no en su parte fundamen-



tal, sino en el sentido de que no debe insertar todo lo que se le declare, sino lo correspondiente á la comprobación del acto de que se tratare. Puede, pues, rechazar todo aquello que no sea necesario para probar el acto inscripto; así, las enunciaciones sobreabundantes, las digresiones, etc., deben suprimirse; bastará consignar aquellas que son necesarias para probar el acto.

Cuando en el márgen de una partida no hubiese suficiente espacio para hacer la anotación requerida, se continuará ella al pie de la última partida, poniéndose la referencia correspondiente en uno y otro lugar (art. 16); como en los casos en que se hubiere de poner la anotación de una sentencia que declara hijo natural ó legítimo de tal persona al inscrito en el Registro, como hijo de padres no conocidos. En la partida de nacimiento se debe anotar la resolución definitiva que tenga la fuerza de la cosa juzgada, y en ese caso se inscribirá previamente en el libro de reconocimientos y haciendo la anotación de referencia al márgen de la partida, como en la Capital federal, pues está mandado por el art. 6 de la Ordenanza reglamentaria, que se lleve un cuarto libro en que se anoten los reconocimientos de filiación; pero en los Territorios Federales, se hará como lo ordena la ley, escribiéndola en el márgen de la partida, continuando la nota al pie de la última, haciendo al final la referencia de que esa fracción, como podemos llamarla, es la continuación de la anotación que ha comenzado en la página tal de la partida correspondiente á tal persona.

§ 14.—FORMALIDADES COMUNES Á TODOS LOS ACTOS DEL ESTADO CIVIL

Entre las formalidades relativas á los actos del estado civil, unas son comunes á todos los actos, porque tratan de las condiciones esenciales, otras son particulares ó especiales para cada acto; así, por ejemplo, una acta de nacimiento tiene de común con una de matrimonio, en que ambas deben tener la fecha en que se hacen, ser firmadas por las partes y autorizadas por el oficial público; mientras en las de matrimonio se deben llenar formalidades especiales que no contiene el acta de nacimiento.

Hablamos, pues, de esas formalidades comunes, y á ellas se refiere el **art. 17**, cuando dice: *en las partidas del Registro y notas marginales, no podrá usarse de abreviaturas ni guarismos, aun*



en las fechas, ni hacerse raspaduras, debiendo las enmiendas ó palabras entre renglones salvarse al fin de la misma partida antes de firmarse; de modo que cualquiera alteración que se encontrase sin estar salvada, no tendrá valor alguno y se reputaría como si hubiera sido hecha posteriormente; pero si se tratare de una calidad substancial, como la fecha olvidada, ó el nombre de la persona cuya defunción ó nacimiento prueba la partida, no se anulará el acto, y servirá de base para hacer la comprobación ante la autoridad competente; porque se trata de un hecho que debe probarse por cualquier género de prueba; por esa razón la ley del Registro Civil, no pena con nulidad cualquier falta que se cometiera al redactar el acta. No se trata de un acto jurídico ni de un contrato, es un hecho, un acto público que la sociedad está interesada que se demuestre.

Una de las formalidades esenciales en los testamentos por acto público, es la lectura ante el testador y testigos; pero esa lectura no es esencial en las demás escrituras públicas, como lo demuestra el art. 1004 del Cód. Civil; no obstante en los actos del estado civil es de gran importancia, y asegura la certeza de él, dándole seriedad y circunspección en todo acto destinado á hacer fe; por eso dice el **art. 18**: *toda partida deberá ser leída á los interesados y testigos antes de firmarse, y aun mostrada, si lo solicitasen, expresándose al final de ella haberse llenado esta formalidad*; pero debemos observar que si el oficial público no la hubiere cumplido, no por eso dejará de ser válida la partida hasta que fuera argüida como falsa, y entonces el juez tendrá en cuenta la omisión de una circunstancia que la ley ha exigido expresamente se haga constar, porque arroja una sospecha sobre la autenticidad de la partida atacada.

Las partidas del Registro Civil deberán sentarse sucesivamente, unas después de otras, sin dejar blancos entre ellas, expresando la fecha en que se otorgan, el nombre, edad y estado de las personas que concurran, así como el nombre, edad y estado del fallecido, cuando fuere un acta de defunción, y la fecha y sexo del recién nacido, si se tratare de una partida de nacimiento.

No podrá expresarse en las partidas, ni por vía de notas ni en otra forma, nada que sea impertinente ó no deba ser declarado con arreglo á la presente ley (art. 19), siendo el oficial público el



único juez de lo que debe contener el acto. Nuestro artículo es más claro que el art. 35 del Cód. Napoleón, que obliga al oficial público á consignar únicamente aquello que debe ser declarado por los comparecientes; lo que hace preguntar á Demolombe. ¿Qué es lo que debe ser declarado? Y contestando á esa interrogación, da la regla siguiente, que nuestro artículo ha condensado perfectamente: «cuando se quiere redactar un acto cualquiera y darse cuenta de las enunciaciones que deben insertarse, es necesario, ante todo, precisar bien cual es el objeto de ese acto y lo que está destinado á probar. Todas las enunciaciones que concurren al objeto que el acto se propone y á la prueba que está destinado á producir, deben insertarse; las otras son generalmente sobreabundante y aun peligrosas». Nuestro artículo prohíbe el consignar en las partidas del Registro Civil, nada que sea impertinente al objeto que se propone demostrar el acto, estando en la mano del oficial público el rechazar cualquiera declaración que no tenga por fin comprobar el acto que se inscribe.

Las escrituras de poderes y demás documentos que se presenten para la inscripción de las partidas del Registro, deberán firmarse por el que los haya presentado, y el Jefe de la Oficina, y archivar-se bajo el mismo número de la partida á que pertenezca (art. 20), para que en caso de falsedad ó alteración de la escritura presentada, la responsabilidad recaiga sobre el que la presentó. La firma del oficial público es para atestiguar que el firmante de la escritura se la ha exhibido; pero esta formalidad será innecesaria, si el juez ó Tribunal las remitiera de oficio al oficial público para que las agregara al Registro, haciendo las anotaciones correspondientes, ó extendiera una acta que debe constar en los libros, ó para que se hiciera alguna rectificación.

Pero, ¿á qué escrituras de poderes se refiere el artículo? ¿Qué actos que deban registrarse pueden hacerse por poder? El matrimonio, que en la legislación francesa era dudoso, si se podía contraer por poder, por nuestra legislación está expresamente permitido; pero si los dos contrayentes estuvieran ausentes en diversos lugares, no se debe celebrar en la Argentina, sino en el lugar donde uno de ellos se hallare; porque si bien tal acto no está prohibido, el oficial público, por una precaución natural, debe negarse á autorizarlo, á fin de no exponerse á practicar un



acto nulo. Otro de los casos en que se puede proceder por poder, es cuando una persona se encuentra en el extranjero y faculta á otro para que reconozca á un hijo natural, en ese caso no es necesario la trascripción del poder en el acto del reconocimiento, aunque sería conveniente hacerlo, para evitar cualquier dificultad.

Cuando haya de suspenderse un asiento en el registro, se expresará en él la causa de la suspensión, y para continuarlo, se extenderá un nuevo asiento, poniéndose notas marginales de referencia en uno y otro (art. 21,) buscando el legislador una nueva prueba de la realidad del hecho que demuestra; porque no anula el acto suspendido y no concluido, sino que lo deja tal como se encontraba, para que en todo caso pueda servir de prueba de haberse llevado á cabo hasta ese momento. ¿Será necesario hacer firmar á los interesados y testigos el acto no concluido, ó bastará con la autorización del Jefe de la oficina? Creo que el oficial público, para ponerse á cubierto y salvar su responsabilidad, debe exigir la firma de los que han concurrido, demostrando así la verdad de la causa que ha motivado la suspensión. La nota marginal que debe llevar la partida suspendida hará referencia al acta concluida, y la que se pondrá en ésta se referirá á la suspendida, aunque no se enuncie la causa.

Cuando el acta suspendida se refiriese á un reconocimiento de hijos naturales ó legítimos, si la suspensión hubiera tenido lugar después de la declaración ó reconocimiento, y estuviera firmada por los interesados y testigos, podría valer, según los casos, como tal reconocimiento. Quedará, pues, á la apreciación de los Tribunales, teniendo presente el art. 332, sobre el reconocimiento de hijos naturales, en que de cualquier modo que se hiciere es irrevocable, excepto los hechos en testamento, que participan de la voluntad variable del individuo.

§ 15.—FORMALIDADES COMUNES Á TODOS LOS ACTOS.

RECTIFICACIÓN

Cuando el acta del Registro Civil se ha suspendido por cualquiera causa, acabamos de decir que se debe continuar, sin anularla; pero nada dijimos sobre las reformas que se pueden hacer á esa acta inconclusa. La ley deja en suspenso el acto, no lo inva-



lida, pero como no está concluido, las partes pueden hacer las rectificaciones ó adiciones que crean conveniente, y esto se desprende del **art. 22**, que dice: *firmado un asiento, no podrá ser rectificado ó adicionado sino en virtud de sentencia de juez competente*; lo que quiere decir que antes de firmado, las partes pueden usar de ese derecho, y el oficial público no podrá negarse á hacer las adiciones ó rectificaciones que le soliciten los interesados, desde que el acto no se ha concluido.

¿Podrán las partes dejar sin efecto el acto, negándose á firmar ó declarando lo contrario de lo expresado? No se puede dar una regla uniforme, porque según los casos, el acto será nulo por la ausencia de la firma del interesado, cuando la validez dependiera de su firma, como en el caso del reconocimiento de un hijo natural; pero no tendría ese efecto si se tratara de una partida de nacimiento ó defunción, en que bastaría para su validez la firma de los testigos que han presenciado el hecho.

Debe tenerse presente que las partidas del Registro Civil son instrumentos públicos *sui generis*, que hacen fe en juicio y fuera de él, y por esa razón una vez concluidos, no pueden alterarse sino mediante sentencia de juez competente. Y sobre este punto puede ocurrir dudas respecto de la competencia del juez que debe ordenar una rectificación ó adición en el Registro Civil. ¿Puede ordenarla un juez bajo cuya jurisdicción no se encontrase el encargado del Registro? Supongamos que un juez de Santa Fe, en un juicio contradictorio sobre la verdad de una partida de defunción ó de nacimiento, manda rectificarla, habiendo entendido en el asunto porque las partes interesadas se encuentran bajo su jurisdicción. ¿Puede negarse el oficial público de la Capital á hacer la rectificación? Es evidente que el juez de Santa Fe, no se dirigirá directamente al Jefe del Registro Civil de la Capital ó Territorios Federales, con los que no tiene relaciones de reciprocidad, y que exhortará al juez que tiene jurisdicción para dictar la orden correspondiente. El juez exhortado en este caso, oír á al Fiscal, defensor nato de la jurisdicción, y si se han acompañado todos los recaudos necesarios para que una sentencia dictada en una provincia pueda ser ejecutada en otra, ordenará la rectificación y adición, en caso contrario la negará.

¿Puede un juez del Crimen, ordenar rectificaciones en el Re-



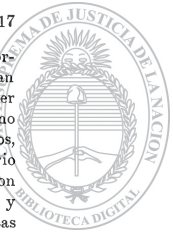
gistro Civil? En general son los jueces de lo Civil los que deben entender en todos estos juicios; pero cuando se tratare de delitos, como sustitución de personas ó falsas declaraciones, que anularán un asiento, el juez del Crimen, al declarar el delito y castigarlo con la pena correspondiente, puede con perfecto derecho, hacer desaparecer la partida que ha sido su resultado, ordenando las anotaciones respectivas. Todo esto corresponde á las leyes de procedimientos, que las Provincias tienen facultad para dictar, y ellas establecerán la forma en que deben hacerse las anotaciones, pues la presente ley únicamente rige en la Capital de la Nación y Territorios Nacionales.

En la Capital de la República, el Congreso legisla como si fuera una Legislatura local, y en ese caso sus leyes no son obligatorias fuera del Municipio, como las que se refieren á la edificación, ornato, pavimentación, etc.

En el caso de que tratamos de alteraciones ó rectificaciones en el Registro, cuando dice el **art. 23**: *no podrá igualmente inscribirse el cambio ó adición de nombre ó apellido sin que lo autorice el juez competente á solicitud del interesado, publicado en la prensa ó en los lugares públicos*, indica igualmente que se seguirá un juicio contradictorio ante el juez bajo cuya jurisdicción se encuentren las personas que deseen hacer las adiciones, cuando éstas se hallaren domiciliadas en otro lugar, y una vez obtenida la sentencia pedirá se exhorté al juez letrado donde está situada la oficina para que ordene las adiciones. Téngase presente que el juez competente, según el art. 87, para entender en la rectificación ó adición de las partidas, es el letrado de primera Instancia, ó en su defecto el juez de Paz del lugar donde está situado el Registro.

Como un juicio de esta especie interesa á la causa pública, pues se trata de alterar una partida que hace fe, de ahí la necesidad de la intervención del Agente Fiscal en representación de la sociedad, y también de que no sea un juicio sumario, sino ordinario, como lo manda el art. 88.

En la Capital Federal, los jueces competentes son los de 1ª Instancia en lo Civil, para ordenar las adiciones ó rectificaciones, á menos de una causa criminal sobre la partida misma, en que puede ordenar la rectificación el juez del Crimen. Se necesita de



la sentencia para alterar las partidas del Registro Civil, no porque constituyan un derecho de propiedad, como algunos lo han creído, pues ésta no existe sino sobre una cosa susceptible de ser poseída materialmente; la razón de que se conserven tales como se han labrado y firmado, es porque son instrumentos públicos, y no deben ser alterados sino mediante un juicio contradictorio y con intervención Fiscal. Las partes interesadas no sólo son las que han intervenido en el acto, sino también la sociedad, y por eso no estoy conforme con los que sostienen que las actas pertenecen únicamente á los interesados que la suscribieron, tal como fueron redactadas, con sus errores é imperfecciones y que sólo ellas puedan solicitar su rectificación, sin que le sea permitido al Ministerio Fiscal iniciar de oficio un juicio para hacer la rectificación. Se trata de alterar un instrumento público, que merece fe mientras no sea argüido de falso, y en ese caso es necesario que lo afirmado en él perjudique á tercero ó hiera sus derechos para que pueda ser puesto en tela de juicio. Si no hay derecho lesionado, ni las partes que lo suscribieron pueden solicitar su rectificación, por la conocida máxima de derecho: sin interés no hay acción; pero cuando un derecho ha sido disminuído, alterado ó extinguido por un acta del estado civil, el perjudicado, sea de los firmantes ó de los que no han intervenido, tienen derecho para atacarla y hacerla rectificar; de este derecho puede usar el Agente Fiscal, cuando se pudiera demostrar que el estado de la persona, del que nacen derechos sucesorios, es falso, y el Fisco pudiera resultar heredero: pero no, cuando hubiere otros herederos, porque entonces no habría interés.

Así, pues, la palabra *interesado*, de que se sirve el artículo, comprende no sólo á los que suscribieron el acta, sino á todo aquel que funde algún derecho en ella ó sea perjudicado por las enunciaciones contenidas.

Pronunciada la sentencia, y una vez que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, el Juez remitirá copia legalizada al Jefe de la Oficina para su inscripción en el Registro, y éste levantará el acta correspondiente, insertando copia íntegra de la sentencia, y poniendo una nota marginal en la partida rectificadora, y otra nota de referencia en la partida que contiene la sentencia, y como la rectificación ó adición ha alterado ó modificado

la partida que ha sido objeto del juicio, no se dará copia en adelante de ésta, sin transcribirse la rectificación. En cuanto á la copia legalizada de la sentencia, en virtud de la cual se ha hecho la rectificación, deberá archivar-se bajo el número de la partida, como se dijo en el art. 20.

§ 16. — ACTAS QUE NO PUEDEN AUTORIZAR LOS JEFES DEL
REGISTRO CIVIL.

Las actas del Registro Civil están destinadas á probar hechos, y con excepción del matrimonio, en que hay un verdadero contrato, el nacimiento y la muerte son meros hechos en que para nada interviene la voluntad. De ahí es que la ley del Registro Civil no declare nulas las actas que no tuvieren tales ó cuales formalidades, porque se deben tomar como antecedentes para llegar al conocimiento del hecho que se desea probar, admitiéndose en la investigación toda clase de prueba; por esa razón hemos sostenido que las mujeres pueden ser testigos en las actas del Registro Civil; porque si suponemos que una partida de nacimiento ó defunción ha sido suprimida ó destruída y se quiere reconstruirla, lo natural es admitir á declarar, en el primer caso, á la partera que asistió al alumbramiento, así como á las demás mujeres que estaban presentes; y si pueden ser testigos en juicio, si en las causas más graves, como heridas, muerte violenta, etc., pueden atestiguar, si su testimonio no puede ser rechazado en juicio por ser mujeres, ¿por qué se les rechazaría tratándose de probar hechos que interesa á la sociedad el que queden probados?

Así, cuando la ley del Registro Civil dice en el **art. 24**: *los encargados del Registro no podrán autorizar las partidas que se refieran á sus personas ó parientes y afines, debiendo en tal caso ser reemplazados por su inferior inmediato*, no quiere decir que si contraviniendo á esta disposición lo hicieran, la partida sería nula y sin valor alguno, siguiendo la regla establecida en el art. 18 del Cód. Civil, de que los actos realizados contra la prohibición de la ley son de ningún valor, si ésta no les hubiere señalado otro efecto; porque esa regla se aplica en todos los actos en que interviene la voluntad individual, tratando de conservar derechos que son el resultado de un acto jurídico, no de un hecho;





de ahí que las escrituras públicas, los testamentos y todos los demás que tienen por base el consentimiento y la voluntad, no producen efecto si no están en la forma determinada por la ley. Por el contrario, cuando se trata de hechos que la sociedad está interesada en que se demuestren, como un delito ó un cuasi-delito, un hecho cualquiera, como la muerte, por ejemplo, se debe admitir toda clase de prueba. Por eso creo, que si el Oficial público, contraviniendo al mandato de la ley, autorizara partidas que se refieran á sus parientes, no serían nulas, y si bien los Jueces no estarían obligados á darles completa fe, y bastaría que cualquier interesado las rechazara para que estuviera obligado á admitir la prueba de su verdad, que debería darla el que sostiene la validez de la partida, correspondiéndole la prueba; porque la presunción de su verdad desaparece en este caso.

Se nota, al estudiar este artículo, la expresión vaga é incompleta de *parientes ó afines*. La prohibición, ¿hasta qué grado de parentesco debe alcanzar? En general, y tratándose de los instrumentos públicos, son de ningún valor los actos autorizados por el funcionario en que fueran personalmente interesados los parientes dentro del cuarto grado, art. 985. Nosotros, en este caso, no podemos tomar como un auxiliar de interpretación la legislación francesa, porque el Cód. Napoleón ha guardado silencio á este respecto, mientras el artículo que estudiamos es bien expreso, cuando prohíbe el acto. No obstante, por las razones expuestas, creo que las actas de nacimiento y de muerte de los parientes del Oficial público, autorizadas por él, serían válidas; pero si fueran atacadas, correspondería la prueba á los que sostienen la validez. Pero viene una cuestión más seria y de grande importancia. Si el Oficial público hubiera celebrado su propio matrimonio, ¿sería nulo el acto? Coin-Delisle sostiene la negativa en condiciones especiales; pero Merlin y Demolombe opinan lo contrario, porque la naturaleza de las cosas se opone, en este caso, á admitir la competencia del Oficial público, que no podría acumular el papel de testigo y el de parte interesada; porque no habría entonces Oficial público; sin embargo, me inclino á considerar válido el acto, porque conviene más á los intereses sociales admitir la validez de un acto semejante, por las consecuencias de moralidad y de orden social, así como por la legitimidad de la parte. Cuando tratemos de las for-



malidades del matrimonio, estudiaremos con más detención este caso. Téngase presente que la ley del matrimonio civil ha favorecido de tal modo la celebración del acto, que ha ido hasta autorizar la prueba de matrimonios que pudieron no haberse celebrado; pero en un acto tan trascendental y que lleva consigo consecuencias que se pueden decir irreparables, es más conveniente para la sociedad el consagrar la validez, que anularlo por falta de formalidades.

§ 17.—DEBERES DEL OFICIAL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL

La ley ha determinado las condiciones que debe tener el Oficial encargado del Registro; pero si la autoridad ha designado para desempeñar el puesto á una persona que no llenare esas condiciones, como si no fuera mayor de edad ó no tuviera el título de abogado ó de escribano, esa circunstancia no invalidaría las actas del registro. Es tenido por tal Oficial público pues, su nombramiento lo acredita en ese carácter; y el Cód. Civil Alemán, art. 1319, ha ido hasta considerar como tal Oficial público al que sin serlo ejerciera públicamente esas funciones, con tal que los esposos ignorasen esas circunstancias. Es que la sociedad está interesada en la validez del acto, y desde que el Oficial público es únicamente un testigo autorizado, ¿por qué anular el matrimonio, cuando ejerce públicamente esas funciones? A ese punto llegaremos, porque la simplificación de las formas es uno de los ideales que las sociedades modernas persiguen constantemente, para hacer predominar la voluntad de los que realizan un acto que engendra derechos.

Así, pues, el Oficial público que en ejercicio de sus funciones autoriza un acto del estado civil, aunque esté suspendido, si los demás ignoran esa circunstancia, ó si él mismo la ignorase, el acto sería válido.

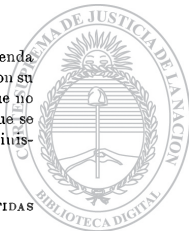
Pero si tomamos el acto autorizado por el Oficial público y lo consideramos como válido, dice el **art. 25**: *el encargado del Registro está obligado á dar á los interesados dentro de veinticuatro horas desde que se le solicite, copia autorizada de los asientos que se encuentran en sus libros, debiendo siempre transcribir la partida íntegra con las notas marginales que tuviese; bajo la pena seña-*



lada por el art. 92, y que será aplicada por el juez competente, á solicitud de la parte interesada ó del Fiscal en su caso.

Como hemos dicho anteriormente, la sociedad está interesada en que se haga constar en el Registro, sea un nacimiento ó una defunción que haya tenido lugar, y por esa razón la ley obliga al Oficial público á proceder de oficio y sin necesidad de solicitud, así dice el **art. 28**: *si el Jefe de la Oficina tuviese conocimiento de un hecho que deba ser inscripto en el Registro, pasado el término en que deba solicitarse la inscripción, procederá á las investigaciones necesarias únicamente para extender el asiento correspondiente y denunciará á los infractores ante los Agentes Fiscales ó al Juez de Paz en su defecto*. La investigación debe tener por objeto único el extender la partida, y una vez concluida elevarla al juez competente para que si lo cree conveniente ordene la inscripción de ésta con arreglo al art. 35; pero la investigación sólo tendrá lugar con relación al hecho de la muerte ó del nacimiento, no así al del matrimonio, que es un contrato, y no debe hacerse constar de oficio. De modo que aun cuando el Oficial público supiera ó hubiera presenciado un matrimonio cualquiera, no podría hacer las investigaciones á fin de hacerlo constar en el Registro; lo mismo sucedería en caso conociera un nacimiento ocurrido en otra Sección de la que le está encomendada, y que no se hubiera registrado; pero podrá denunciarlo. Y para cumplir con este deber impuesto por la ley, se le concede autoridad para hacer comparecer á los que conocieran el hecho y obligarlos á declarar bajo las penas establecidas por el art. 92; así dice el **art. 29**: *todo individuo que hubiese presenciado un hecho que debe ser inscripto en el Registro, estará obligado á comparecer al llamado del Jefe de la Oficina para testificar la inscripción*, y si no compareciere podrá compelerlo por medio de la autoridad, á fin de que declare lo que sepa.

¿Podrá el Oficial público proceder á hacer estas investigaciones, por la denuncia que cualquiera le hiciera? El artículo sólo exige que el Oficial público tenga conocimiento, sin decir si debe ser personal, ó si bastará la denuncia de otro, y como la sociedad está interesada en que se haga constar el acto, creo que se le debe autorizar para llamar á las personas denunciantes y á las que conozcan el nacimiento ó la muerte para que declaren al respecto,



pasando todo esto al juez competente para que ordene se extienda la partida con esos elementos. El Oficial público cumplirá con su deber, si se empeña por todos los medios á su alcance, en que no quede sin averiguación un nacimiento ó una defunción que se haya producido en la Sección designada para ejercer su ministerio.

§ 18.—FUERZA PROBATORIA DE LOS TESTIMONIOS DE LAS PARTIDAS INSCRIPTAS EN EL REGISTRO

Los libros del Registro Civil no deben salir de la Oficina, y aunque la ley nada dice, están equiparados á los protocolos que llevan los escribanos públicos; son registros matrices que sólo pueden exhibirse á la autoridad cuando sus asientos fueran redargüidos de falsos ó se hubiera cometido algún delito que fuera necesario averiguar. Por esa razón la ley da igual fuerza á la copia, considerándola como un original que merece fe; pero cuando hubiera alguna diferencia entre el testimonio y la matriz, debe prevalecer el contenido de ésta, á menos de demostrarse la equivocación.

¿Cuál es la fuerza probatoria del testimonio expedido por el Oficial público? Debemos recordar que cuando los curas párrocos llevaban los registros, los testimonios que éstos expedían ó la copia de las partidas, no hacían fe, mientras no se ratificaban por oficio que se libraba al efecto, y por esa razón en lugar de sacar la copia directamente, los jueces se dirigían por oficio pidiéndolas; pero al presente, que en la Capital y Territorios Federales, se han creado oficinas especiales, esas copias merecen fe; esa es la fuerza que les acuerda el **art. 26**, cuando dice: *los testimonios expedidos en forma por el Encargado del Registro, bajo su firma y con el sello de la oficina, establecen la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescriptos por el Código Civil*. ¿Cuál es la presunción legal? La presunción es la establecida por el art. 993, del Cód. Civil, respecto á los instrumentos públicos, que hacen plena fe, mientras no sean argüidos de falsedad; y esta semejanza, con relación á la presunción de la fuerza probatoria, ha hecho pensar á algunos que siendo los asientos del Registro, considerados como instrumentos públicos, deberían so-



meterse á sus formalidades, y que no podrían ser testigos los que por ese artículo estuvieren incapacitados para atestiguar; sin fijarse, que una cosa es la fuerza probatoria de un acto, y otra la forma de ese mismo acto. Así, por ejemplo, tienen la fuerza probatoria de un instrumento público las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, art. 979, n° 4, y sin embargo no están sometidas en cuanto á su forma á las escrituras públicas, ni necesitan de testigos para su validez. Lo mismo sucede con las letras aceptadas por el Gobierno, ó cualquier título de crédito emitido por el tesoro público, ó las cuentas sacadas de los libros fiscales de la nación por los encargados de llevarlas, que tienen la fuerza de un instrumento público. De esto resulta que un acta puede tener la fuerza probatoria de un instrumento público, sin estar sujeta en cuanto á su forma á lo que determinan las leyes con relación á éstos; porque cada uno de esos instrumentos obedece y es regido por leyes especiales que le son peculiares. Así, las actas judiciales son regidas en cuanto á su forma por lo que determinen las leyes de procedimiento que sancionan las provincias, y por consiguiente no obedecen á las reglas dictadas para los instrumentos, y en el mismo caso se encuentran las actas del Registro Civil, con relación al título de los instrumentos públicos del Código Civil, que no las puede regir, por cuanto obedecen á una ley especial; y si las Provincias pueden y deben legislar sobre las formalidades que deben llenar las actas del Registro, está en el mismo caso el Congreso cuando legisla como Legislatura local para la Capital de la Nación y los Territorios Nacionales; así es que ha podido separarse de lo estatuido en el Código, cuando sólo ha exigido en el art. 14, de la ley del Registro Civil, que las actas deben levantarse ante dos testigos mayores de edad, vecinos del distrito. Confirmamos, pues, nuestra opinión, de que los testigos que figuran en las actas del Registro, no necesitan tener las condiciones exigidas por el art. 990, del Cód. Civil.

Y aquí conviene agregar que el art. 79 del Cód. Civil viene á apoyar lo que hemos expuesto sobre la forma y calidad de los testigos de las actas del Registro, cuando dice: «el día del nacimiento, con las circunstancias del lugar, sexo, nombre apellido, paternidad y maternidad, se probarán en la forma siguiente: de los



nacidos en la República, por certificados auténticos extraídos de los asientos de los Registros públicos, que para tal fin deben crear las Municipalidades, ó por la que conste en los libros de las parroquias, ó por *el modo que el Gobierno Nacional en la Capital* y los Gobiernos de Provincia determinen en sus respectivos reglamentos»; de modo que el Cód. Civil deja á la legislación de cada Estado Federal, así como al Gobierno Nacional, la facultad de determinar la forma en que deben extenderse las actas del Registro; quedando sujetas á una legislación especial que nada tiene de común con el Código; y así como cada provincia puede ordenar que las actas se levanten por el Oficial público y se firmen por los interesados sin que haya testigos, y serían válidas, teniendo la fuerza de un instrumento público; del mismo modo el Congreso ha podido reducir la concurrencia de los testigos, suprimirla, ó exigir únicamente la mayor edad, cualquiera que sea la condición en que se encuentre el testigo.

Como hemos dicho anteriormente, el testimonio de la partida expedida en debida forma, hace fe en juicio y fuera de él, mientras no sea argüida como falsa; pero si la partida fuera incompleta, como por ejemplo, si no tuviera testigos ó uno de los dos fuera menor de edad, no será necesario tacharla de falsa, bastará con oponerse, para que el interesado en sostener su validez demuestre su verdad en juicio contradictorio, por cualquier género de prueba. Cuando el que la ataca alegase falsedad en la partida, á él le corresponde la prueba.

La partida puede ser reconocida como verdadera, pero atacadas las enunciaciones que contiene; como por ejemplo, una partida de nacimiento de hijo natural que contuviera un reconocimiento; el nacimiento será cierto é inatacable, pero no así el reconocimiento, que puede ser combatido como falso, por haberse presentado el que no era padre del recién nacido y usurpando el nombre de otro, lo hubiera reconocido bajo su firma tomando el nombre ajeno. El perjudicado puede demandar, no la falsedad del acta, sino la del reconocimiento hecho en su nombre.

Cuando una partida ha sido suprimida en el Registro, ó cuando desobedeciendo á la ley se ha inscripto ante el Cura párroco, en la Capital Federal ó Territorios Nacionales, no tendrá valor legal, aunque podrá servir de principio de prueba para reconstruirla y



hacerla inscribir; eso es lo que importa el **art. 27**, que dice: *ninguna partida extraída de otro Registro que el Estado Civil, podrá presentarse en juicio para probar hechos que hayan debido inscribirse en él, sin que preceda la inscripción correspondiente*; indicando de ese modo que quedan suprimidas en adelante las partidas levantadas por los Curas párrocos, pero sólo en la Capital de la Nación y Territorios Federales; porque las Provincias, en uso de las facultades conferidas en esta ley, pueden continuar delegando en ellos el derecho de llevarlos, como lo hacían hasta la época de la creación del Registro del Estado Civil.

Según el presente artículo, los jueces no pueden ni deben admitir la prueba del hecho del nacimiento, defunción ó matrimonio, sino con el objeto de que se mande inscribir en el Registro del Estado Civil, y cuando esto se hubiere hecho, se sacará copia de la partida registrada por orden del juez, para que pueda valer; esto es lo que significa la frase: *sin que preceda la inscripción correspondiente*, que emplea el artículo; es decir, que debe inscribirse primero la partida en el Registro.

Ya hemos dicho que el juez competente, para mandar inscribir una partida, adicionarla ó rectificarla, es el de 1ª Instancia en lo Civil de la Capital ó del territorio federal. Cuando se tratase de probar el nacimiento ó la muerte ocurrida antes de la vigencia de la ley del Registro Civil, no se irá á la Curia, como se practicaba antiguamente, produciendo la información sumaria, á fin de que ordenare á la parroquia respectiva, levantar el acta correspondiente. Ahora se debe ocurrir al juez de 1ª Instancia en lo Civil, y con citación de las partes interesadas se debe producir la prueba para que se registre la partida, y si hubiere contestación, se seguirá un juicio contradictorio. La partida así levantada hará fe; pero los terceros interesados podrán atacarla como falsa, ó por las enunciaciones que contenga, admitiéndose toda clase de pruebas.

Se hace la pregunta siguiente: presentado el testimonio de una partida que no esté conforme con la matriz, si será necesario argüirla de falsa y entablar un pleito, ó si es posible indicar que hay error en el testimonio sin atacar la partida. El juez de Comercio, Dr. Peyret, en su Manual sobre el Registro Civil, dándose cuenta de la dificultad, aconseja solicitar la presentación de



una nueva copia, á fin de que el juez, ante la diversidad de las partidas presentadas, tenga que verificar la equivocación ordenando el cotejo con la matriz. Pero, ¿á qué queda reducida, entonces, la disposición del art. 993 del Cód. Civil, que manda argüir de falso el documento público?

Es que debemos hacer siempre esta diferencia: los instrumentos públicos, de que habla el art. 979, en sus diez incisos, son de aquellos que no se pueden mandar rectificar ó adicionar por la autoridad pública, con excepción del décimo, que se refiere á los registros creados por las municipalidades ó los que antes llevaban los curas párrocos, y eso puede hacerse porque la ley especial del Registro Civil lo autoriza expresamente en los arts. 87 á 91. La verdadera razón es que la ley del Registro Civil dictada en 1884, es especial y derogatoria de las disposiciones del Cód. Civil que le fueren opuestas; pero sólo en la Capital y Territorios Federales. Y esta ley permite hacer las rectificaciones ó adiciones que fueran necesarias, sin atacar de falsa la matriz.

No porque las actas tengan la fuerza de un instrumento público se las debe sujetar á las formalidades establecidas para éstos, ellas se rigen por una ley especial, y sólo en casos muy difíciles será permitido ocurrir al título de los instrumentos públicos, buscando las analogías para decidir las cuestiones dudosas; pero esos casos deben ser excepcionales. Así como en el título de la compra y venta, por ejemplo, debemos buscar todo lo relativo á este contrato, y únicamente en casos difíciles, ó en el silencio ó ambigüedad de la ley, podemos ocurrir á las leyes análogas, lo mismo debemos hacer con relación á las actas del Registro Civil. En efecto, esas actas, que tienen la fuerza de los instrumentos públicos, en nada se asemejan; porque el encargado del Registro está obligado á levantarlas, cuando los interesados no lo hubieran solicitado, si tuviera conocimiento; puede suspender el acto, sin que se anulen, para continuarlo más tarde; puede admitir rectificaciones antes de firmarlo, y finalmente los interesados pueden adicionarlo ocurriendo al juez competente; todas estas cosas no se pueden hacer con las escrituras públicas. No hay, pues, necesidad de argüir de falso un asiento ó un testimonio para pedir su adición, rectificación ó reforma.

En cuanto á los hechos afirmados por el Oficial público, se



pueden dividir en dos categorías: los que ha presenciado y visto, como el nacimiento, y los que ha oído relatar á los interesados y que se consigna en el acta. Respecto á los que ha presenciado hacen plena fe en cuanto al hecho material, como por ejemplo, el nacimiento de una persona, y también con relación á su nombre, según la declaración de los testigos; pero no se puede atacar la partida con relación al hecho mismo que prueba, sino arguyendo de falso el instrumento; mientras que cuando se trata de la declaración de los testigos es permitido rectificar lo afirmado por ellos. Si el Oficial público hubiera consignado en el acta declaraciones indebidas, ó enunciaciones que la ley no exige ni permite, no tendrán la fuerza probatoria del instrumento público, porque la ley sólo concede ese privilegio á las enunciaciones que deben contener las actas; todo lo que sea extraño á ellas, sólo tendrá el valor que la ley pudiera acordar á una declaración firmada y reconocida, contra el que la hace, sin perjudicar á terceros.

§ 19.— QUIÉNES PUEDEN SOLICITAR TESTIMONIOS DE LAS ACTAS

Esta es una de las cuestiones más interesantes que nuestra ley ha decidido en el sentido de la antigua doctrina, influenciada por la religión católica, que por ocultar el escándalo castigaba á inocentes, y fomentaba la inmoralidad cubriéndola con el manto piadoso de la honestidad. Según esa teoría, que desgraciadamente prevalece todavía para ciertos actos, se cree favorecer la moral social ocultando el vicio y dejándolo impugne; pero es necesario que todos los hombres honestos contribuyan á arrancar de cuajo esas preocupaciones que tienen por base la hipocresía, y por resultado monstruoso el abandono de seres desgraciados que no han pedido venir al mundo, y cuyos padres, satisfaciendo sus pasiones malsanas, se quedan con una aureola de honestidad y de virtud, con que engañan á la sociedad en que viven.

El día en que el legislador argentino, levantándose por encima de la hipocresía, obligue á la autoridad pública á averiguar por todos los medios á su alcance, quiénes son los padres de un niño cuya partida se registra, como hijo natural ó de padres desconocidos, y se encuentre quien lo ha procreado, sea un hombre



casado ó soltero; ese día la corrupción disminuirá, y los que están amenazados con responder por las consecuencias del daño causado á la sociedad, se cuidarán muy bien antes de entregarse con completa libertad á satisfacer sus deseos. Qué escándalo, se dirá por los que desean ocultar sus actos vergonzosos! Cuántos pleitos, denuncias, inmoralidades! Se abriría una anchísima puerta al maligno instinto de la maledicencia! No, contestamos! No ponemos esa facultad sino en la mano de la autoridad, que con espíritu sereno, con el ánimo sin prevención, tratará de averiguar la verdad de lo sucedido para establecer las obligaciones que nacen de la procreación de un ser desvalido; para que no se le arroje á la sociedad inerme y sin defensa, destinándolo á la miseria y al vicio, que son el resultado del abandono.

Pero se dirá: ¡qué escándalo no se produciría en la sociedad, cuando se encontrase que el padre es un hombre casado, respetable, considerado, que pasa por virtuoso! ¡Un hogar destruido, la vida privada asaltada, puesta al descubierto! ¡Qué horror! El horror no está en desenmascarar al vicio, sino en arrojar en medio de la sociedad á un ser inocente, y decirle: ese niño no tiene padre ni madre. A nombre de una religión de piedad y de misericordia en que su divino fundador decía: *sinete parvulos venire ad me*; dejad venir hacia mí á los niños, vos los arrojais al rostro de la sociedad como un insulto; esa es la inmoralidad enaltecida, ese es el vicio entronizado en nombre de un falso pudor, de una moralidad de hipócritas!

Las viejas sociedades europeas, no pueden romper esas preocupaciones tradicionales, que tienen sus raíces esparcidas en todo su ser, ó que se sienten demasiado morales para consignar este principio: *el hijo natural y su padre no son considerados como parientes*, según el art. 1589, del reciente Cód. Civil Alemán, que no obstante es considerado como la última palabra de la ciencia del derecho. ¡No hay hijos naturales en Alemania! ¡O la moral ha llegado á su más elevada cúspide á este respecto, ó el sentimiento de la justicia y de la misericordia no se manifiesta como se debe en esa nación!

Un hombre que tiene estas ideas, y que las viene predicando en libros desde hace treinta años, no puede menos de considerar como errónea la disposición del art. 25, de la ley del Registro



Civil, que sólo concede á los interesados el derecho de pedir copia de las partidas.

A los que sostienen la opinión contraria, fundándose «en que pueden existir secretos de familia que las partes confían únicamente al funcionario depositario de la fe pública. A los que creen, que el reconocimiento de un hijo natural, hecho por un hombre casado, cuya esposa ignoraba que su marido tuviera semejante hijo, y que puede ser uno de esos secretos de familia que un hombre no tiene inconveniente en confiar en las páginas cerradas de un libro», les contestaríamos, que esos son secretos de Polichinela que todo el mundo conoce, y sólo puede ignorarlos quien no quiere saberlos; que por otra parte el hombre, según nuestras costumbres, no pierde en la consideración de los demás por estas cosas que honran su lealtad y afirman su espíritu de justicia, y que en cuanto á la mujer que confía un secreto de esta especie en un libro que todos los empleados pueden ver, no sufrirá su honor más de lo que ha sufrido por el hecho por ella reconocido.

El Registro Civil es un libro que no se va á revisar por curiosidad, porque nadie puede ir á leerlo, ni pueden ir á entretenerse averiguando la vida ajena, pues eso no es permitido; se trata de pedir la copia de una partida para saber el estado de una persona, cuando se duda de él para entrar en negocios ó celebrar un contrato; se trata de prevenir un daño, y aunque el escribano afirme que es mayor de edad, ó la mujer soltera, es más seguro, cuando se tiene dudas, ocurrir al Registro pidiendo la partida, que indicará el mismo interesado, porque el tercero no la conocerá en general. A pesar de todas estas consideraciones que militan en favor de la publicidad del Registro, nuestro art. 25, sólo autoriza para solicitar la copia de una partida á las personas interesadas, cerrando, por decirlo así, el libro para los demás, como si ese libro contuviera secretos que hubiera peligro en revelar.

Mi opinión es que cuando se reforme la ley del Registro Civil, se corrija el art. 25, aceptando la doctrina del art. 45, del Cód. Napoleón, que dice: «toda persona podrá hacerse entregar por los depositarios de los registros del estado civil, extractos de estos registros», y así lo han consignado todos los Códigos que han seguido al francés, como el Cód. de Holanda, el de Nápoles y otros.



Desearíamos que nuestros legisladores, inspirándose en los sentimientos de piedad y misericordia, ya que los de justicia pueden ser discutidos, consignasen una disposición semejante á esta, que dijese: «el Oficial público que levantara un acta de nacimiento en que se dijese que el recién nacido es hijo natural de fulana de tal, pasará al Agente Fiscal una nota haciéndole conocer el hecho, quien estará obligado á pedir al Juez de Instrucción la averiguación de quien es el padre de la expresada criatura, y una vez concluida la información, se asiente en los Registros la partida correspondiente. Esta averiguación no tendrá lugar, cuando sea el padre quien presente al niño, ocultando el nombre de la madre.»

Nuestro Código Civil habría sido mejor inspirado, si al prohibir en el art. 334, que en el acta de reconocimiento se declare el nombre de la persona de quién se tuvo el hijo, hubiera limitado la prohibición á la declaración de la persona *en quién* se tuvo el hijo; para resguardar el nombre de la mujer, á quien se perjudicaría en su honor ó fama; pero no así con relación al hombre, á quien se le debería notificar una declaración semejante para que la acepte ó rechace, siguiéndose un juicio con ese objeto. Si por consideración á la debilidad de la mujer, que siempre es la víctima de su pasión y de la del hombre, pues ella sufre en su reputación, el legislador debe prohibir se la nombre en una partida del Registro Civil, sin su consentimiento, no debe tener esa consideración para con el hombre, á quien incumben deberes que no puede rehusar de cumplir.

CAPÍTULO IV

DEL NACIMIENTO

§ 20.— DE LAS PRUEBAS DEL NACIMIENTO FUERA DEL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA (NACIDOS EN ALTA MAR)

Debemos hacer notar que el Código Civil que rige para toda la República, establece la forma en que deben probarse los nacimientos de los nacionales ó extranjeros, cuando ocurrieren fuera del Territorio Nacional, y así como ha podido legislar sobre este punto, dictando una ley general para toda la Nación, lo mismo habría tenido facultad de hacerlo, sobre el modo de probar un acto como el nacimiento, sin tocar las jurisdicciones locales, que están reservadas á las Provincias.

Cuando un nacimiento ocurriera en alta mar, se deben hacer las distinciones siguientes: si el buque en que tuviere lugar es de guerra de la República; si es mercante bajo la bandera argentina, ó si es mercante bajo la bandera extranjera.

Téngase presente que cuando el Código habla, en el art. 81, de los nacimientos en alta mar, comprende á los nacidos en la mar fuera de la jurisdicción nacional, que se extiende á cuatro millas marinas, contadas desde la más baja marea. Así, el nacimiento de un individuo, ocurrido en un buque de guerra argentino en alta mar, se probará por las copias auténticas de las actas que por ocasión de tales accidentes deben hacer los escribanos de los buques de guerra. Y de los nacidos en buques de guerra anclados en un puerto de la República, ¿cómo se probarán? Este es uno de tantos inconvenientes que presenta una legislación múltiple; en vez de extender la partida el escribano del

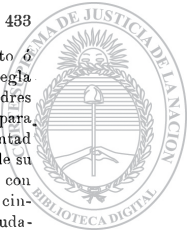




buque de guerra, ó con arreglo á la ley nacional, se debe sujetar á la forma que hubiera establecido la Provincia, en cuyo puerto estuviera el buque de guerra.

Si el buque en que tuvo lugar el nacimiento fuere mercante, y navegase bajo la bandera argentina, se probará por las actas que debe levantar el capitán ó maestre, *en las formas que prescribe la respectiva legislación*, dice el art. 81 del Cód. Civil. Ahora se pregunta, ¿cuál es esa forma, y á qué legislación se refiere? Para eso habría sido necesario una legislación general que rigiera en toda la nación, legislación que no existe desde que se ha dejado á cada Provincia la facultad de dictar esas leyes. ¿Se aplicará entonces la forma establecida para la Capital y Territorios Federales, que son especiales? Desde que los buques mercantes que navegan bajo la bandera nacional, están bajo la protección de la nación, es claro que la legislación de las Provincias sobre la forma de probar el estado civil, no puede serles aplicada, y no existiendo una ley general, necesariamente debe aplicarse la especial dictada por la Capital. Así, pues, la expresión de que se sirve el artículo cuando dice, que se extenderán según las formas que prescribe la respectiva legislación, se debe entender que es la ordenada por las leyes nacionales. Cuando el nacimiento tuviere lugar en buque de guerra de cualquier nación amiga, sea en alta mar ó surtos en los puertos de la República, como el derecho internacional les acuerda el privilegio de considerarlos como territorios de la nación á que pertenecen, se probará por los medios y en la forma que determinen las leyes de la nación respectiva; pero cuando los buques fueren mercantes y navegasen bajo bandera extranjera, sólo se registrarán por las leyes de la nación bajo cuyo pabellón estuvieren cuando se encontrasen en alta mar; si se hallasen surtos en cualquier puerto de la República, se registrarán por la ley de la Provincia bajo cuya autoridad estuviera el territorio; lo que encontramos incongruente, porque los puertos de la nación están bajo la jurisdicción nacional, y ésta permite que las leyes de Provincia rijan en lo que se refiere al Registro Civil.

¿Cómo se prueba el nacimiento de los hijos de los argentinos, nacidos en país extranjero? Aquí se levanta una de las más importantes cuestiones que hayan agitado á las naciones en los tiempos modernos. Muchas naciones europeas, siguen la regla de



ciudadanía de origen, en contraposición á la del nacimiento ó ciudadanía natural que hemos adoptado. Y siguiendo esta regla no consideran nacional al nacido en su territorio, si los padres fueran extranjeros; pero les concede el derecho de opción para que cuando llegaren á la mayor edad, manifiesten su voluntad sobre si quieren adoptar la nacionalidad de sus padres ó la de su nacimiento. La República Argentina, país de inmigración, con sus continuas luchas civiles, en que se ha debatido por más de cincuenta años, habría corrido el grave peligro de no tener ciudadanos, si hubiera adoptado el principio de la ciudadanía de origen, que es el más justo y natural; porque el lugar del nacimiento se puede considerar como ocasional; es más natural que el hijo siga la nacionalidad de sus padres, porque ellos le hacen amar esa patria desconocida para él, y por más cariño que tenga á la patria adoptiva, jamás llega á igualar al que conservan por la de su nacimiento, á menos que rompiendo el vínculo que los liga, tomen carta de ciudadanía, lo que muy rara vez sucede entre nosotros, pues sólo ofrecemos al extranjero, cargas, sin compensación real alguna. Si nosotros estuviéramos educados como en los Estados Unidos del Norte, en que el extranjero naturalizado entra de lleno en la labor política, y puede llegar á los más altos puestos, conseguiríamos atraerlos en este camino; pero nuestros gobiernos se han acaparado el poder, y han hecho del voto público una burla, que algunas veces resulta sangrienta, cuando el pueblo cansado se levanta para reivindicar sus derechos, y volver á caer en la indiferencia y en la atonía. ¿Quién querría abandonar en estas condiciones su calidad de extranjero?

Nosotros nos hemos visto obligados á adoptar la ciudadanía natural, y todo individuo que nace en la República, es argentino; pero como aun no somos bastante fuertes para protegerlos, resulta esta anomalía: que los hijos de franceses ó italianos, por ejemplo, que nosotros declaramos argentinos, son franceses ó italianos en la nación de sus padres, y cuando pisan el territorio de origen, están sujetos á todas las cargas que impone la nacionalidad.

Pero como nosotros no podemos honestamente adoptar los dos principios antagónicos, de ahí resulta que los hijos de argentinos domiciliados en el extranjero, no pueden ser considerados

como argentinos, si la nación donde han nacido adoptase el principio de la ciudadanía natural; si por el contrario concediera la opción, nosotros debemos respetarla, y será ciudadano natural si cuando llegare á la mayor edad eligiese la nacionalidad de su origen.

§ 21.—DE LOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO

Se ha dicho que las naciones, por un acuerdo tácito, aceptan la validez de los actos y contratos celebrados en territorio extranjero, siempre que se observaren las formas establecidas por las leyes locales, facilitando de ese modo la prueba; porque ninguna nación puede pretender que sus leyes se apliquen en territorio extranjero; error que ha cometido nuestro Código en los arts. 6 y 7, cuando declara, que la capacidad de hecho de los que celebran un acto jurídico, está regida por la ley del domicilio, aun cuando se trate de actos verificados fuera de la República. Sólo por tratados se puede obtener este resultado.

Reconociendo ese principio es que el Cód. Civil ha dicho en su art. 82, que el nacimiento de los hijos de los ciudadanos argentinos que tuvieran lugar en el extranjero se probarán por los instrumentos hechos en el lugar, según las leyes respectivas, siempre que estuvieren legalizados por los agentes consulares ó diplomáticos de la República; pero sin perjuicio de cumplir con las obligaciones impuestas por las leyes de la nación donde ha tenido lugar el hecho, se autoriza á los padres argentinos para que hagan registrar el nacimiento en los Registros Consulares, probándolo en la República por los certificados expedidos por dichos Cónsules. Pero debe tenerse presente que en las naciones donde se autoriza la opción, como en Francia, no será considerado argentino ni francés el individuo nacido en esas condiciones hasta que no haya optado por una ú otra nacionalidad; sin embargo, una vez que haya elegido la nacionalidad, si ha sido la opción por la argentina, ésta lo considera como ciudadano natural; es decir, como si hubiera nacido en la República.

En cuanto á los extranjeros nacidos en el país de su nacionalidad, como no tienen otro medio de probar este hecho sino sujetándose á las leyes de la nación á que pertenecen, es evi-





dente que lo demostrarán con arreglo á esas leyes; pero cuando se tratare de hijos de extranjeros nacidos en una nación que no fuera la de sus padres, debe probarse el hecho como lo hacen los hijos de los argentinos en el mismo caso, sea sujetándose á las leyes de la nación donde ha tenido lugar el nacimiento, ó á las leyes de la nación á que pertenecen los padres; así, cuando esas leyes autorizaran á demostrar el nacimiento por la copia de los Registros Consulares donde lo hicieran constar, podrán demostrar el nacimiento en la Argentina por ese medio.

En cuanto al nacimiento de los hijos de los militares en campaña, es necesario distinguir: si se encontrasen en el territorio de la República, en lugares poblados, donde hubiere Registro Civil establecido, se probará por la copia auténtica de esos registros; pero si ocurriera en el desierto, donde no hubiera como hacer constar el hecho, se probará por los asientos de los respectivos registros del ejército. En esta parte el art. 84, Cód. Civil, guarda silencio; pero debe hacerse constar el hecho por el Jefe de la expedición, como si el individuo hubiera nacido en alta mar. Si los militares formaren parte de una expedición que operase fuera de la República, es evidente que los nacimientos ocurridos durante la campaña deben constar en los registros del ejército; pero si los militares sólo estuvieron en servicio de la nación fuera de su territorio, ese solo hecho no los autoriza á sustraerse á las leyes de la nación donde residieran, y sin perjuicio de sujetarse á esas leyes, pueden hacer constar el nacimiento ante los Consules de la República Argentina.

Ya hemos dicho que los artículos que examinamos se aplican á la prueba de los nacimientos que han tenido lugar fuera de la República, pues los que ocurrieran en ella, se probarán por las leyes que dictaren las provincias ó el Congreso para la Capital y Territorios Federales; pero no obstante esta circunstancia, cuando no hubiere registros públicos, ó por falta de asiento en ellos, ó no estando los asientos en debida forma, puede probarse el día del nacimiento, ó por lo menos el mes ó el año por otros documentos ó por otros medios de prueba, art. 85; disposición que se aplicará por analogía, cuando las leyes de provincia guardasen silencio á este respecto, en los casos en que ellas pueden legislar.

Y la disposición del art. 86, que debió ser incorporada en lu-



gar del art. 26 del Registro Civil, que es incompleto, debe tenerse presente para aplicarla en la oportunidad, porque permite á los interesados el impugnar, en todo ó en parte, las declaraciones contenidas en esos documentos, así como la identidad de la persona, sin argüir de falsa la partida; así, se pueden atacar las declaraciones contenidas en el acta, sin negar el hecho del nacimiento ó de la muerte, mientras que cuando se ataca un instrumento público, es necesario argüirlo de falso para quitarle su poder probatorio.

Como hemos dicho anteriormente, tratándose de probar el nacimiento y la muerte, cuando no constare de las partidas del Registro Civil, se ocurrirá á toda clase de pruebas, porque son hechos, y si fuera imposible el darlas, si la determinación de la edad fuera indispensable porque estuviera sujeta á la adquisición ó pérdida de un derecho en que se hubiera puesto como condición la mayor edad, el art. 87, Cód. Civil, ordena que se la determine por la *fisonomía*, á juicio de peritos, nombrados por el juez; lo que es un error, porque cuando se nombran peritos para determinar la edad, no se les debe limitar su examen á la fisonomía; ellos son los únicos capaces para hacerlo como corresponda á fin de llegar al resultado que se proponen. La fisonomía puede ser la de un menor de edad, y sin embargo los demás miembros de su cuerpo podrán demostrar que se trata de un mayor. Esta disposición debe tenerse presente, cuando no hubiere medios de determinar la edad, y nada se dijere en las leyes del Registro Civil que dictaren las Legislaturas de las provincias.

Cuando no existieren Registros, ó cuando habiendo existido fueren destruidos, ó si se hubieren arrancado las partidas, los interesados pueden reconstituirlas ocurriendo al Juez de 1^a Instancia, en la Capital ó de los Territorios Federales, y partiendo del hecho demostrado por los informes de la Oficina correspondiente, de que los libros han desaparecido ó se han arrancado hojas, se recibirá toda clase de pruebas para asentar de nuevo las partidas.

§ 22.—DE LOS LIBROS DE NACIMIENTOS. QUIÉNES DEBEN INSCRIBIRSE

Dijimos que el art. 7, dividía los libros del Registro Civil, en tres secciones: una para los nacimientos; otra para los matrimo-



nios y la tercera para las defunciones, y que en la reglamentación hecha por la Municipalidad de la Capital Federal, en uso de las facultades concedidas, había aumentado una cuarta sección, que comprendía exclusivamente los reconocimientos de filiación; así, pues, la disposición del art. 7, rige en toda su integridad para los territorios nacionales.

Según el **art. 30**, *se inscribirán en el libro de los nacimientos:*

1° *Todos los que se verifiquen en la Capital y territorios nacionales*, pues se ha dejado á las provincias, la facultad de establecer las formas en que deben probarse los nacimientos ocurridos en sus jurisdicciones; lo que hemos considerado como un error que se debe corregir en el porvenir, pues el Congreso probablemente dictará una ley para toda la República, como ya lo ha hecho con relación al matrimonio civil.

2° *Los que se verifiquen fuera de las jurisdicciones expresadas, si sus padres tuviesen su domicilio en ella*; es decir, que por este artículo se autoriza á los encargados del Registro Civil, en la Capital y territorios nacionales, para levantar las actas de los nacimientos ocurridos en cualquier provincia, siempre que los padres tuvieran su domicilio en el lugar donde está situada la Oficina del Registro, ó en su jurisdicción. Esta facultad, dadas nuestras costumbres, en que no atribuimos importancia á la violación de las leyes, siempre que no causen daño á otro, hará que los encargados del Registro inscriban las partidas de los nacidos en cualquier parte de la República.

3° *Toda partida de nacimiento cuya inscripción se solicite*, y la facultad es tan extensa, que destruye por su base las disposiciones anteriores; pero esa razón debe limitarse en su inteligencia á los nacimientos ocurridos en la Capital, en cualquiera de las jurisdicciones señaladas para cada Registro, y así lo manda el art. 9, de la Ordenanza reglamentaria. De otro modo podían inscribirse en la Argentina á los nacidos en la República del Uruguay, que está á horas de distancia, faltando á los deberes que tenemos como nación vecina, é igual cosa sucedería con los hijos de los orientales nacidos en la República, sustrayéndose así á las leyes que rigen en el país. Cuando el nacimiento se ha verificado fuera de la Capital, se procederá como lo ordena el art. 9, de la



Ordenanza reglamentaria exigiendo la orden judicial respectiva.

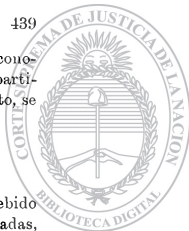
4° *El reconocimiento y legitimación de hijos naturales*; que en la Capital Federal no debe asentarse en el libro de nacimientos, sino en el de reconocimientos, creado expresamente con ese objeto. Sin embargo, puede suceder, y ocurre generalmente, que en el acta del nacimiento se reconoce al niño; en ese caso es permitido consignarlo en el mismo acta, sin necesidad de un acta especial; pero debe ser firmada por el padre ó madre que hacen el reconocimiento para que pueda perjudicarles. Así, la declaración que hacen los testigos de que es hijo natural ó legítimo de fulana ó de zutano, que no intervienen en el acta, no puede dañar á los nombrados; por esa razón el art. 43 exige, que la declaración del padre ó de la madre de un hijo natural, debe hacerse personalmente ante el encargado del Registro, y en tal caso se expresará únicamente el nombre del que lo hubiese reconocido. Así, pues, el Oficial del Registro debe negarse á consignar esas declaraciones, si no han de ser firmadas por los interesados á quienes pudieran perjudicar.

5° *Las sentencias sobre filiación legítima y natural* que los Jueces competentes dictaren en las causas que se promovieren sobre reconocimiento, sea para rectificar una partida ó para adicionarla, ó finalmente para anularla. Si suponemos que la partida de nacimiento no expresa de quién es hijo, y éste obtiene por sentencia firme el reconocimiento del padre ó de ambos, en ese caso, comunicada la sentencia al encargado del Registro, éste levantará el acta transcribiendo la sentencia, y pondrá la nota marginal de referencia en el acta que levanta, expresando á qué partida del Registro se refiere, é igual nota marginal pondrá en la partida adicionada. Si el libro del Registro se encontrare en la Oficina Central y no le fuera posible labrar la nota marginal en la partida rectificadora, lo hará saber al Juez de la causa, comunicándole haber levantado el acta y hecho saber al Jefe de la Oficina Central y al Archivero general, para que procedan á poner las notas respectivas. En estos casos, el Juez, para mayor seguridad, debe ordenar se practique la anotación correspondiente, por el Archivero general y el Jefe de la Oficina Central, á quienes se remitirán copias de la sentencia, así como de la partida levantada por el encargado del Registro. Si alguno

de los padres que figuran en el acta de nacimiento como reconociendo al hijo, obtuviera sentencia mandando rectificar la partida, habiendo demostrado que no ha hecho tal reconocimiento, se procederá en la forma que queda indicada.

§ 23. — DE LA DECLARACIÓN DEL NACIMIENTO

Una vez ocurrido el hecho del nacimiento, la ley ha debido imponer la obligación de declararlo á personas determinadas, haciendo solidaria esa responsabilidad, como se ha hecho en las legislaciones extranjeras, y no establecer esos mandatos vagos y generales que no responsabilizan directamente á individuos que deben estar designados de antemano. Así, nuestra ley contiene una disposición general y ambigua, como es la del **art. 31**, que dice: *dentro de los tres días siguientes al del nacimiento, deberá hacerse la declaración de él ante el encargado del Registro, quien se trasladará al lugar en que se encuentre el nacido, para cerciorarse de su existencia, y extenderá en la Oficina la correspondiente partida, con las formalidades prescriptas por esta ley;* cuando esto no se hubiere hecho, y el Oficial público tuviese conocimiento de la existencia de un nacimiento, se constituirá á la casa donde ha tenido lugar, pasados los tres días, y una vez averiguada la verdad, levantará el acta correspondiente, denunciando en seguida á los infractores, pasando nota al Agente Fiscal. Y precisamente al hacer esta denuncia, se verá en la necesidad de comprender á los padres del recién nacido, á los parientes más cercanos, al facultativo ó partera que hubieran asistido al parto y aun al dueño de casa donde hubiere tenido lugar. Y con excepción de los padres, todos los demás se defenderán con la creencia de que éstos han hecho la denuncia. La ley ha debido obligar á los padres y á los que por su profesión han asistido al parto á que hagan la denuncia bajo las penas del art. 92, para tener la seguridad de que se realizará, y no hacer pesar esa obligación sobre personas que no deben velar por hechos que no les concierne. ¿Por qué obligar á los parientes más cercanos y librarse á una investigación para averiguar cuáles son los parientes más próximos? Y más injusto es imponer esa carga al dueño de casa donde el nacimiento ha tenido lugar. Cuando se corrija la



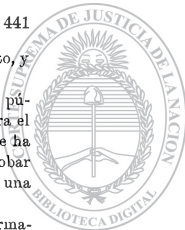


ley, debe imponerse esta obligación á los padres y al facultativo, partera ó persona que ha asistido á la enferma, y debe ser solidaria á fin de que cada uno no se escude con la creencia de que otros han cumplido con este deber. Cada uno hará la denuncia, y así se estará seguro que el nacimiento no será suprimido del Registro.

Cuando ocurriera el nacimiento de un niño, fuera de la Capital Federal ó de los territorios nacionales, cuyos padres estuvieran domiciliados en cualquiera de estas jurisdicciones, la ley autoriza á no declararlo y esperar á su vuelta, no haciendo correr el término; lo que á mi juicio considero un error; así, no reputo acertada la disposición del **art. 32**, que dice: *respecto de los nacimientos que ocurren fuera de la Capital y territorios nacionales, el término para la declaración correrá desde que los padres vuelvan á su domicilio ó elijan otro dentro de las jurisdicciones expresadas*; disposición que se presta á graves dificultades; por ejemplo, un niño nacido en el extranjero, en cuya nación se haya adoptado el principio de la ciudadanía de origen, puede ser sustraído al país de su nacimiento é inscripto como argentino en nuestro país; pero la Ordenanza municipal reglamentaria dispone en el art. 9, que cuando se pida la inscripción de un nacimiento que haya tenido lugar fuera de la Capital, los Oficiales de Sección exigirán la orden judicial que establezca ese hecho y el domicilio de los padres dentro del Municipio. Así, pues, en la Capital no se puede hacer esa inscripción sino mediante orden de juez competente habiéndose acreditado previamente esos extremos.

Lo dispuesto en el presente artículo es un caso de suspensión legal, porque el plazo no corre sino desde el día en que los padres volvieren á su domicilio á la Capital de la República. Los plazos, como se sabe, no corren de momento á momento, ni se cuentan por hora, sino por días y corren desde las doce de la noche del día que comienza hasta las doce de la noche en que termina; eso es lo que indica la frase del art. 31, que dice: «dentro de los tres días siguientes del nacimiento», no contándose el día en que tuvo lugar el hecho.

Se nota que el plazo para hacer la declaración del nacimiento es demasiado corto y perentorio; pero se ha observado, con razón, que cuando el hecho es más reciente, el declarante se encuen-



tra en mejor posesión para dar la fecha y hora del nacimiento, y que cuando se prolonga ocurre la incertidumbre y la duda.

¿Será causa de nulidad de un asiento, la falta del Oficial público por no haberse trasladado al lugar donde se encuentra el recién nacido? Como se ha observado, la ley en esta parte ha tenido que suprimir las nulidades, dando facilidad para probar el hecho, y por esa razón, cualquiera omisión se supliría por una nueva acta, haciendo la anotación respectiva.

En nuestra despreocupación por la observancia de las formalidades exigidas por la ley, se ha comenzado por suprimir la presencia del Oficial público, que no debió ser exigida en estos casos, porque no es perito, ni puede saber cuándo nació el niño; ó si tiene dos ó diez días; lo que no sucedería con un médico, que debió ser el encargado para practicar ese reconocimiento, como se hace en Francia. Y la fijación del día puede ser una cuestión de gravísima importancia en las sucesiones, ó tratándose de la legitimidad de un niño, ó de los derechos eventuales sujetos á su nacimiento. Así, por ejemplo, un niño nacido á los 301 días del fallecimiento de su padre, no lo heredaría porque no sería su hijo, y los padres del fallecido tendrían derecho para desconocerlo; mientras en la partida se puede hacer figurar como nacido dentro de los 300 días, sino hay un perito que pueda determinar cuándo nació.

Es de todo punto necesario ordenar, como lo hacen todas las naciones, que un médico municipal ó policial concorra á practicar esos reconocimientos, y deje un certificado á los padres de haberlo verificado, obligando á éstos á presentarlo para levantar el acta correspondiente.

Cuando el artículo faculta á los padres para pedir la inscripción del nacimiento, así que hubieran vuelto á la capital donde están domiciliados, ó que *elijan otro* domicilio dentro de las jurisdicciones expresadas, supone el caso en que los individuos hubieran dejado su domicilio y se trasladasen á otro, teniendo lugar el nacimiento en esas circunstancias, sólo entonces no estarían obligados á hacer la declaración.

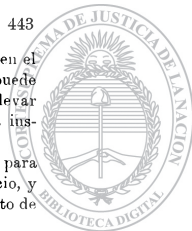
Téngase presente, que el art. 9 de la Ordenanza reglamentaria, obliga al Oficial á no hacer la inscripción sino mediante orden de juez competente, y aunque la ley no impone tal obligación, no creemos que debe ser desobedecida como lo sostienen



algunos; porque la reglamentación de una ley, hecha por el poder encargado de ejecutarla, es una facultad propia de que no se le puede despojar, y si bien esa reglamentación no puede derogar la ley, tiene el vastísimo campo del silencio, en que puede ejercerse con toda su fuerza. Así, cuando la ley dice: «el término para la declaración correrá desde que los padres vuelvan á su domicilio», y guarda silencio sobre la forma en que se hará, la Municipalidad que está encargada de reglamentarla, ha podido con perfecto derecho decir al Oficial público: Vd. no hará la inscripción sino cuando se haya demostrado ante el juez competente que el nacimiento ha tenido lugar fuera de la Capital y los padres tenían en ese momento su domicilio en ella. Esta disposición no está en abierta oposición con la ley, porque no priva la inscripción, sólo exige la prueba de ciertos hechos. Y con razón, á mi juicio, porque todo el que se encontrase en retardo de haber hecho la declaración se excusaría siempre, diciendo que ha estado ausente de la Capital; por eso el que alega la ausencia y el domicilio en la Capital, debe demostrarlo. Por otra parte, debemos observar, que si bien la reglamentación no tiene el valor de la ley, cuando es contraria, el poder de reglamentarla es inherente al de hacerla cumplir determinando la forma y modo en que debe ejecutarse. Sobre todo, ejerce toda su influencia sobre los empleados dependientes del poder que reglamenta la ley, y se exponen á penas ó destituciones en caso desobedezcan su mandato.

Cuando una declaración de nacimiento se hiciera fuera de los términos, de modo que el Oficial público apareciese negligente en hacer el acta, no procederá á levantarla, porque eso no autoriza el art. 28, pero hará las investigaciones necesarias para que el acto quede probado, y la elevará al juez competente pidiéndole se sirva ordenar el asiento con arreglo al art. 35, y dará cuenta al Agente Fiscal para que proceda á acusar á los infractores.

No es exacto, ni está de acuerdo con las doctrinas más adelantadas, el que los encargados del Registro Civil, no tengan facultades para recibir declaraciones tardías sin intervención de la justicia, por los peligros que esta facultad pudiera traer consigo; pues nuestra ley expresamente les acuerda este derecho, poniendo en su mano la autoridad para hacer comparecer á todo individuo



que hubiere presenciado un hecho que deba ser inscripto en el Registro y hacer las investigaciones del caso; lo que no puede hacer por propia autoridad, es levantar la partida, sino elevar las pruebas al juez competente y pedirle que ordene la inscripción.

El Oficial público necesita una declaración ó denuncia para levantar una acta de nacimiento, no puede proceder de oficio, y cuando hace las investigaciones necesarias es con el objeto de que el juez ordene la inscripción del nacimiento.

Se ha dicho que el Jefe de la Oficina, una vez hecha la denuncia del nacimiento, está obligado á trasladarse al lugar en que se encuentra el nacido para cerciorarse de su existencia, disposición que hemos criticado como incompleta, porque debía ser un perito el que concurriera, como sucede en casi todas las naciones; pero este hecho, que es fácil en la Capital Federal, se torna en difícil cuando se trata de parajes desiertos, así la ley ha previsto el caso, y dice en el **art. 33**: *en los territorios nacionales no será obligatorio la traslación del Jefe de la Oficina al domicilio del nacido, cuando entre uno y otro lugar medien más de cinco kilómetros, debiendo en tal caso comprobarse la existencia de la persona por certificados del juez de Paz ó de la autoridad militar y dos testigos, á cuyo efecto se extenderá á ocho días el término en que debe hacerse la declaración del nacimiento.* El presente artículo ha sido modificado por el art. 3 de la ley de 24 de Agosto de 1898, como puede verse en la conclusión de este estudio, en que se extiende el término para hacer la declaración á tres meses, cuando la distancia que mediere entre el domicilio de los padres del nacido y el asiento permanente de la Oficina del Registro, excediere de cinco kilómetros.

§ 24.—QUIÉNES DEBEN HACER LA DENUNCIA DEL NACIMIENTO

Como un principio general que domina toda la materia de denuncias en los casos de nacimiento, debe decirse, que está obligado á denunciarlo toda persona que encontrase un niño abandonado; entonces el Oficial público hará las averiguaciones necesarias para hacer constar el hecho, y según los casos dará aviso al juez competente á fin de que proceda á hacer determinar la edad



del recién nacido, por medio de declaraciones, ó á falta de éstas, por peritos, y una vez probado el hecho, mandará se inscriba la partida correspondiente, determinando las circunstancias en que fué encontrado el niño, las ropas que llevaba, el lugar, día y hora en que fué hallado, así como todos los datos que pudieran dar una nueva luz para que el recién nacido pueda encontrar á sus padres, cuando intentare buscarlos en adelante, ó éstos lo puedan reconocer.

A esta obligación general de que acabamos de hablar, se puede unir la impuesta por el **art. 38**, que dice: *sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el facultativo y la partera que hubieran asistido á un nacimiento cuya legitimidad no les constare, como también la persona en cuya casa se hubiera verificado, si fuera otra que la de la madre, estarán obligados á denunciarlo dentro del término legal ante el Jefe de la Oficina del Registro*; cuyo mandato es incompleto, porque sólo obliga al *facultativo ó partera* que hubieran asistido, cuando debió ser general para cualquier persona que *asistiera* á una mujer en esas circunstancias. En segundo lugar, la condición de que sólo deben hacerlo cuando no les constare la legitimidad del nacido, la consideramos impropia, porque siempre se escusarían, alegando que creían en la legitimidad del recién nacido, y por esa razón no denunciaron el hecho. Es tan importante el hacer constar el hecho del nacimiento, que la obligación de la denuncia debe existir en todos los casos, sin hacer distinción entre los hijos legítimos ó los naturales, conozcan ó no la legitimidad del recién nacido. No debemos mezclar un hecho simple, como el nacimiento, con la legitimidad que es la consecuencia de otros hechos anteriores, como el matrimonio; ni con el reconocimiento que es posterior. Cuando la ley se reforme, propondríamos que se obligase á denunciar el nacimiento á toda persona que hubiere asistido al parto, sea un facultativo, una partera ó cualquier otra persona que ayudara á la parturienta hasta el alumbramiento, sin hacer distinción entre si conoce ó no la legitimidad del recién nacido.

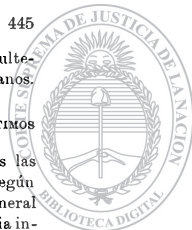
Después de haber hablado sobre las personas sobre quienes pesa la obligación general de hacer la denuncia, ocupémonos de cada uno de los que tienen obligación especial, formando cuatro grandes grupos: 1º, cuando se trate del nacimiento de los hijos le-

gítimos; 2º, de los hijos naturales; 3º, de los incestuosos ó adúlteros; 4º, de los expósitos ó nacidos en las casas de huérfanos.

§ 25.—DE LA DENUNCIA EN EL NACIMIENTO DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

El legislador ha creído conveniente dividir en grupos las obligaciones de los que deben denunciar los nacimientos, según fuera la categoría de los recién nacidos, cuando debía ser general para todos los que su por oficio ó por cualquier circunstancia intervinieran en el hecho, así como para los padres, sin imponer la obligación á los parientes de cualquier grado que fueren. Así, creo que no ha sido bien inspirado el **art. 36**, cuando dice: *si se tratare de hijos legítimos, el padre, y en su ausencia, ó en su defecto la madre, y á falta de ella, el pariente más cercano que exista en el lugar, estarán obligados á hacer por sí ó por medio de otra persona, la declaración del nacimiento ante la Oficina del Registro*; pues esta obligación se comprende para los padres directamente interesados en que conste el nacimiento del hijo; pero no así con relación á los parientes, sin hacer más distinción que la de ser el más cercano. La obligación impuesta á los parientes, sin determinar hasta que grado debe regir, se entiende para los casos en que el padre no existiere, por muerte ó ausencia, porque en la hipótesis contraria la obligación cesaría. Aunque la ley no hace excepción, la doctrina debe hacerla, cuando se tratare de ciudades populosas como la capital federal, en que el nacimiento de una persona es ignorado muchas veces. Para que la obligación fuera eficaz, habría sido necesario imponer la obligación de la denuncia á los padres presentes, tomando la palabra padres en su acepción más restringida; es decir, comprendiendo únicamente al padre y la madre del recién nacido, excluyendo á los ascendientes. Esta obligación de la denuncia debería ser solidaria para los padres y los que asistieron á la parturienta, sea facultativo, partera ó cualquier otra persona que sin ser del oficio, ayudara en ese momento. De este modo se tendría la seguridad de la denuncia.

La obligación impuesta á los parientes más cercanos quedará siempre sin cumplirse, sobre todo en la capital federal. Si se reformara la ley deberían salvarse estas dificultades.

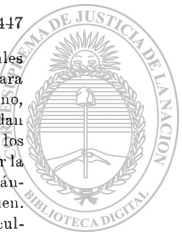




Cuando alguno de los que tienen la obligación de denunciar el nacimiento, lo hiciere ante el Jefe del Registro, éste se trasladará al lugar donde se encuentre el recién nacido para cerciorarse del hecho, y extenderá la partida; pero como lo hicimos notar en el lugar correspondiente, hay un vacío en la ley, que la reglamentación debe llenar; no expresa el tiempo en que el Oficial público deberá trasladarse al lugar, cuando debía ser inmediatamente ó dentro de las 24 horas de la denuncia. Del mismo modo nada se dice sobre la constancia de la denuncia, que debe quedar en la Oficina, para asegurar á los que tienen el deber de hacerla, ni respecto de la prueba de haber cumplido con la obligación impuesta, para salvar la responsabilidad del empleado público, demostrando que se ha trasladado al lugar del nacimiento dentro de los plazos establecidos.

§ 26. — DE LA DENUNCIA EN EL NACIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES

En una nación civilizada, que sobreponiéndose á las preocupaciones de la bastardía, que arroja una mancha sobre un inocente, y en vez de buscar la responsabilidad del padre, lo liberta de las obligaciones que el acto de la generación le impone; en una nación como la nuestra, que reivindica, con justo orgullo, el reconocimiento de los derechos hereditarios del hijo natural, debería dar un paso más en ese camino, implantando una de esas reformas fundamentales que servirán de freno saludable en nuestras costumbres un poco libres, autorizando la investigación de oficio de la paternidad del recién nacido. Allí donde aparezca un asiento que diga: hijo natural de fulana, el Oficial público debería comunicar ese asiento al Juez de 1^a Instancia de la localidad, quien daría vista á un Agente Fiscal, especial para estos casos, el que pedirá las diligencias necesarias para averiguar el hecho, y seguir un juicio contradictorio con el presunto padre, hasta el reconocimiento, si las pruebas obtenidas en la investigación autorizaran á entablarlo, ó á renunciar en caso contrario. No haya temor al escándalo, porque mayor daño recibe una sociedad en su moralidad, al permitir en silencio que aparezcan en los registros hijos sin padres, que autorizar para remover el fango de esas pasiones que se agitan en las sombras, ocultando debilidades que na-

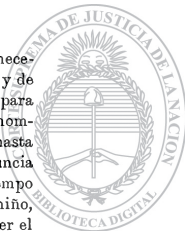


die debería investigar sino apareciesen las consecuencias brutales traduciéndose en hijos sin padres, abandonados á la miseria, para aumentar el número de esos desgraciados que sin apoyo alguno, se hacen discípulos de todos los vicios y perturban y degradan á las sociedades. Son las consecuencias fatales á que llevan los errores de los que por proteger la moralidad, tratan de ocultar la inmoralidad, dejando sin responsabilidad á los agentes, incitándolos de ese modo para que continúen en el camino del desorden. No se combaten los vicios, ni se moralizan las sociedades, ocultando lo que merece reprobación; la mentira ó la hipocresía que oculta los actos dignos de censura, debe ser rechazada en toda legislación que se inspira en los nobles y grandes ideales de la justicia, de la virtud y de la moralidad.

Así, pues, considero como un error, que se debe corregir en un porvenir más ó menos cercano, la disposición del **art. 37**, que dice: *si el hijo fuera ilegítimo, estará obligado á declarar el nacimiento, la persona á cuyo cuidado hubiere sido entregado*; suprimiendo con este artículo la responsabilidad de los primeros obligados, que deben ser sus padres.

Además de las consideraciones expuestas, el artículo sólo impone la obligación de declarar el *nacimiento* á la persona á cuyo cuidado se ha entregado la criatura; de modo que ésta denunciará únicamente el hecho del nacimiento, sin estar obligada á decir quien es la madre ó el padre que abandona la criatura, y sin que el Jefe del Registro tenga derecho para hacer investigación alguna.

¿Cómo se extenderá un acta semejante? ¿Será igual á la de un expósito? Quiere decir, entonces, que la ley protege con las sombras del misterio, uno de los actos más reprobados por la naturaleza, facultando así á los padres culpables de semejante inmoralidad, para que se oculten, y rechacen las obligaciones que la generación les impone. No! En nombre de la moral ultrajada, en nombre de los sentimientos que la naturaleza ha impuesto á todos los seres vivientes para la perpetuación de la especie, rechazamos semejante cobardía! Dura es la palabra, sin duda, pero merecida, porque se trata de un ser débil, indefenso, inerme, cuyo abandono se permite y aun se autoriza por el artículo que estudiamos. Es de urgente necesidad su reforma en el sentido de



que la justicia por medio del Fiscal haga la investigación necesaria, á fin de saber quien es la madre del recién nacido, y de obligar á la que hubiere recibido al niño recién nacido para que declare, si lo sabe, quien es la madre, ó por lo menos el nombre de la persona que se lo confi6, haciendo la investigación hasta dar con la madre. ¿Por qué reducir la obligación de la denuncia al nacimiento? Lo natural habría sido que al mismo tiempo se dijera el nombre de la persona que habíá confiado al niño, y se autorizara para hacer las averiguaciones hasta conocer el nombre de la madre por la declaración de las personas que intervinieron en el parto. Es cierto que el art. 38 obliga al facultativo y á la partera que hubieran asistido al nacimiento para que lo denuncien; pero esa declaración no es bastante, ni pone en posesión al Oficial público para asentar en la partida el nombre de la madre, si ésta no lo reconoce, ó la declaración de los testigos que han concurrido al parto, cuando se negare la madre á reconocerlo, dando así al recién nacido, los medios necesarios para que en adelante pueda obtener su reconocimiento.

Como se verá al estudiar el conjunto de esta ley, en parte alguna se obliga á consignar el nombre de los padres cuando se trata del nacimiento de los hijos naturales, y por lo menos se ha debido exigir el reconocimiento ó declaración de la madre, á menos que el niño fuera un expósito. Son defectos que deben corregirse, con ese objeto hacemos las observaciones críticas que preceden.

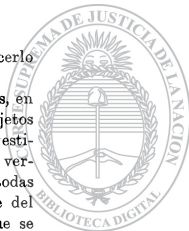
§ 27. — DE LAS DENUNCIAS DE LOS EXPOSITOS

En el único caso en que la declaración del nacimiento, sin otra formalidad, es explicable, por la naturaleza especial del caso, es cuando se tratare de un niño expósito. La persona que lo ha encontrado, no está en condiciones de suministrar antecedente alguno sobre el nacimiento, ni debe estar obligado á otra declaración que á la del hecho de haber hallado la criatura, indicando las circunstancias en que tuvo lugar; pero aun en esta parte es incompleta la disposición relativa, porque para la verificación de la edad probable del niño, debió obligarse á un médico



que declarase en ese acto, ó expidiera un informe que se incorporaría en el acta de nacimiento, expresando la edad que á su juicio tiene el recién nacido. Sin este examen pericial, ¿qué podrá hacer el encargado del Registro Civil, y cómo deberá levantar el acta correspondiente? ¿Con qué autoridad científica podrá fijar el día probable del nacimiento? Así, pues, considero incompleta la disposición del **art. 40**, que dice: *los administradores de las casas de huérfanos, y en general toda persona que hallare un recién nacido ó en cuya casa se hubiera expuesto, estarán obligados á declarar el nacimiento y presentar á la Oficina del Registro las ropas, documentos y demás objetos con que se encontrase, debiendo ser guardado todo bajo el mismo número que corresponda á la partida*, sin decir una palabra sobre un punto de tan capital importancia, como es la determinación probable del día del nacimiento; porque si bien la exposición ó el abandono es un delito que las leyes castigan, delito que en general se comete por los padres, puede ocurrir que sea el resultado de una venganza innoble, como en los casos en que se roba un niño para herir en lo más profundo del sentimiento á una madre ó á un padre, abandonándolo en seguida. ¿Cómo reconocer á ese niño, si al sentar la partida no se determina aproximativamente la edad que tenía cuando fué encontrado? Es, pues, de absoluta necesidad hacer concurrir á un médico para que determine la edad probable del expósito. Esta omisión se subsana plenamente en el art. 46, que estudiaremos más adelante, donde exige se consigne la edad aparente del recién nacido.

El art. 58, Cód. Francés, que ha inspirado nuestro artículo, dice á este respecto; «todo el que encontrare un niño recién nacido, deberá entregarlo al Oficial del Registro Civil, así como los vestidos y otros efectos hallados con el niño, y declarar todas las circunstancias del tiempo y lugar en que haya sido encontrado. Se entenderá un proceso verbal detallado, que enunciará, además de la edad aparente del niño, su sexo, los nombres que le hayan dado y la autoridad civil á la que haya sido entregado. Este proceso verbal será inscripto en el registro.» De ese modo tenemos la edad aparente enunciada en el proceso verbal, determinada por personas competentes, como un antecedente para que el niño, en todo caso, busque el reconocimiento de sus padres,



ó que éstos, arrepiñiéndose de su acción, puedan reconocerlo más tarde sin abrigar duda alguna.

Nuestro artículo es más completo que el del Cód. Francés, en cuanto ordena se guarden las ropas, documentos y demás objetos con que se encontrare al recién nacido, para servir á las investigaciones posteriores; pero le es inferior respecto al proceso verbal que aquel Código manda levantar para hacer constar todas las circunstancias en que fué encontrado, la edad probable del recién nacido y la indicación de la autoridad ó persona que se hizo cargo del expósito.

Goyena, art. 357, siguiendo al Cód. Francés, exige igualmente que se haga constar la edad del expósito, pero nada contiene sobre la autoridad á la que se debe entregar.

Se comprenden estas omisiones en aquellos Códigos, porque la investigación de la paternidad y maternidad es prohibida; pero el nuestro la permite con excepción del caso en que la maternidad se atribuya á una mujer casada, art. 326, dando preferencia así al honor de la madre, abandonando al hijo á la miseria y á la orfandad. El legislador ha tenido, á mi juicio, una razón más poderosa, porque al permitir la investigación hubiera abierto la puerta á la explotación más indigna, pues la avidez del lucro habría encontrado un rico filón en la mujer más honesta, para amenazarla con un proceso, atribuyéndole un hijo natural.

De todos modos, aunque este artículo haya omitido ciertas circunstancias, es completado por el art. 46, que especialmente determina la forma en que se debe inscribir la partida de los expósitos consignando la edad aparente, el sexo, el nombre y apellido que se les dé, detallando las ropas ó documentos con que se le hubiere encontrado, y los encargados del Registro deben inscribir la partida del expósito tratando de consignar todas las circunstancias que sean concurrentes para llegar al conocimiento de la verdad.

No hay en nuestro Código Penal, como en el Francés, una pena determinada para el que hallando un recién nacido no lo presentare á la inscripción, ó no diere cuenta al encargado del Registro Civil; pero tenemos la general del art. 92, que castiga con multa al que no cumpliese con las obligaciones impuestas por la ley, y ellas se deben aplicar á estas omisiones.

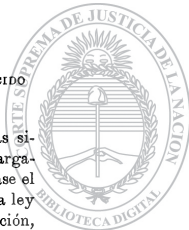


El Oficial encargado del Registro deberá hacer constar en el acta el nombre de la persona que encontró al recién nacido, así como la autoridad ó el establecimiento que se hubiere hecho cargo de su crianza.

Cuando el recién nacido fuera expuesto en alguno de los establecimientos destinados á recogerlos, los administradores son los que deben denunciar el hecho, y aunque los reglamentos los autorizaren para guardar las ropas, joyas, objetos ó documentos que se encontraren con el recién nacido, deberán entregarlos al encargado del Registro para que los guarde con el número que corresponda á la partida; aunque habría sido mejor dejar todos esos antecedentes, menos los documentos ó papeles, en poder del establecimiento en que fueron depositados.

§ 28.—DE LOS NACIMIENTOS OCURRIDOS EN LAS CÁRCELES,
HOSPICIOS, ETC.

Se trata en este caso de los nacidos en establecimientos públicos destinados á recibir enfermos de cierta clase, como en los Hospitales de mujeres donde se atiende á las parturientas, en la maternidad, ó establecimientos públicos que tienen ese objeto, ó en las cárceles de mujeres donde se alojaren personas embarazadas. Como las mujeres no pueden salir, ni tienen personas que hagan la denuncia, la ley obliga á los administradores para que cumplan con este deber, y los Jefes del Registro Civil deberán concurrir á los establecimientos en el más breve tiempo posible, ya que la ley no ha fijado el plazo en que deberán hacerlo, y levantarán el acta de inscripción llamando los testigos necesarios, porque las personas alojadas en los hospitales ó cárceles no pueden proporcionárselos. Así, cuando dice el **art. 39**: *los nacimientos que ocurran en Hospitales, Hospicios, Cárceles ú otros establecimientos andlogos, serán declarados por sus respectivos administradores*; bajo las penas señaladas por el art. 92, y cuando el encargado del Registro Civil, tuviera conocimiento de un nacimiento y no se denunciare dentro de los términos prescriptos, procederá como lo dice el art. 28, y una vez hecha la investigación, la elevará al Juez de 1ª Instancia para que ordene la inscripción en los términos del art. 35.



§ 29.— DE LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO DESPUÉS DE VENCIDO
EL TÉRMINO

Cuando se ha hecho la denuncia dentro de los tres días siguientes al del nacimiento, se dijo en el art. 31 que el encargado del Registro debía trasladarse al lugar donde se encontrase el recién nacido para cerciorarse de su existencia; pero como la ley no le fija un término dentro del cual deba hacer la inscripción, el Encargado podrá hacerla dentro de cualquier plazo, lo que indudablemente es un defecto que se debe corregir, imponiéndole la obligación de concurrir á cerciorarse del hecho dentro de las cuarenta y ocho horas de la denuncia, y levantar el acta á las veinticuatro horas después.

Cuando el encargado conociese la existencia del nacimiento y no hubiere denuncia, el art. 28 ordena que pasado el término, proceda á las investigaciones necesarias para «extender el asiento correspondiente», dando á entender que puede hacer la inscripción sin otra formalidad que la prueba del nacimiento; pero no es así, pues el **art. 34**, dice: *si se solicitase la inscripción de un nacimiento después del término legal, se presentará orden judicial para efectuarla*, indicando de un modo claro, que una vez pasado el término para la denuncia, el Oficial público no puede hacer inscripción alguna sin orden del Juez competente. Y este mandato responde á una razón fundamental, no dejar en la mano del encargado del Registro la facultad de hacer inscripciones fuera del término, sin que el Juez competente las ordene una vez comprobado el hecho judicialmente, no sólo por las responsabilidades consiguientes por haber faltado al mandato de ley, sino también, porque se necesita una orden judicial para hacer una inscripción omitida en el Registro.

Se puede argumentar en contra de esta teoría, que si el encargado del Registro está facultado para hacer la inscripción cuando se ha hecho la denuncia dentro de los tres días, sin hacer investigación alguna, ni exigir prueba del hecho, debía conservarla para proceder á ella, en los casos en que después de las averiguaciones se llegase á probar el hecho del nacimiento; pero á esta observación se debería contestar que, tratándose de la prueba,



el legislador ha debido exigir la intervención de la justicia, no sólo porque se trata de penar una omisión, sino de demostrar un hecho, en que los jueces deben intervenir.

Así, una vez que el encargado del Registro, haya hecho las investigaciones necesarias para demostrar el hecho del nacimiento, deberá pasarlas al Juez competente, y después de las ratificaciones correspondientes, se mandará hacer la inscripción, así dice el **art. 35**: *la orden judicial será dictada por el Juez de 1ª Instancia ó el de Paz en su defecto y á solicitud del interesado, del Jefe de la Oficina ó del Agente Fiscal, y determinará la edad media de la persona entre la mayor y la menor, que fuesen compatibles, con su desarrollo y aspecto físicos á juicio de peritos*; y el artículo viene á ser completo en este caso, porque exige el dictamen pericial, como debió ordenarlo en los casos de los expósitos de que hablan los arts. 40 y 46, en que debiendo determinarse la edad aparente del expósito, pudo exigir que esa determinación fuese hecha por peritos, que son los únicos que están en aptitud de fijarla con mayor exactitud, siguiendo los principios de la ciencia que estudia el desarrollo del ser racional.

Y debemos hacer notar que el artículo que estudiamos viene á dar la razón de la teoría sostenida en el art. 28, de que el encargado del Registro no tiene facultad para hacer la inscripción del nacimiento, una vez que se hayan pasado los términos en que la denuncia debió hacerse, pues este artículo dice que en esos casos, la orden será dictada á solicitud del Jefe de la Oficina, indicando que no tiene facultad para levantar el acta por autoridad propia.

El Agente Fiscal, á quien se ha debido comunicar la omisión, como lo ordena el art. 28, para que demande la pena, tiene también derecho para pedir se haga la inscripción. Según este artículo, una vez pasados los términos para hacerse la inscripción, pueden pedirla: 1º, el interesado ú obligado por la ley bajo las penas del art. 92, para pedir la inscripción; 2º, el encargado ó Jefe de la Oficina, que después de haber hecho las investigaciones del caso para probar el nacimiento, pasará los antecedentes al Juez de 1ª Instancia, pidiéndole ordene la inscripción; 3º, el Agente Fiscal, en representación de la sociedad, el que al mismo tiempo pedirá la pena contra los infractores. ¿El Juez podrá



mandar de oficio que se haga la inscripción? Se trata de un hecho que interesa á la sociedad el que se demuestre, y en que los encargados de velar por sus intereses no han procedido, faltando á sus deberes; pero por otra parte, la justicia no debe proceder, en general, sino por la acción de los interesados, á menos de que la ley misma, en vista de un interés superior, les haya conferido expresamente esa facultad; y mi opinión en este caso especial, es que el juez, de oficio, no puede ordenar la inscripción, debe proceder á excitación de parte. ¿Puede un tercero extraño demandar la inscripción? La ley ha determinado quiénes son las personas que deben pedirla, y no creo que fuera de ese límite tengan derecho para demandarla, pero sí admito que puedan denunciar el hecho, sea al Juez, Agente Fiscal ó Encargado del Registro, á fin de que procedan á cumplir con su deber: si la denuncia se hiciera al Juez, dará vista al Fiscal y éste pedirá se practique la investigación del caso; si es el encargado del Registro, procederá como lo ordena el art. 28, tomará todos los datos, los reunirá, y una vez asegurado del hecho, los pasará al juez pidiendo ordene la inscripción.

Cuando se pida la inscripción de un nacimiento que haya tenido lugar fuera de la Capital de la República, los Oficiales de Sección, encargados del Registro, exigirán la orden judicial que establece ese hecho y el del domicilio de los padres, dentro del Municipio, según el art. 9 de la Ordenanza reglamentaria.

§ 30. — CÓMO DEBE HACERSE LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO

La forma en que se debe hacer la inscripción de una partida de nacimiento, es la siguiente: si el nacimiento hubiese tenido lugar fuera de la Capital, y con anterioridad á la ley de la materia, en la forma en que se asentaban en los Curatos, la Oficina Central pondrá el visto bueno, haciendo previamente la comprobación de la autenticidad de las partidas, según lo manda el art. 10 de la Ordenanza reglamentaria.

Cuando se tratare de la inscripción de un nacimiento ocurrido en la Capital de la República ó Territorios Federales, dice el **art. 42**: *la inscripción del nacimiento se hará extendiendo una partida que exprese: 1º, el lugar, día y hora en que se haya verificado;*

2°, *el sexo*; 3°, *el nombre que se dé al nacido*; 4°, *el nombre, apellido y domicilio del padre, de la madre y de los testigos*; 5°, *el nombre y apellido de los abuelos paternos y maternos*; 6°, *el nombre, apellido y domicilio de la persona que solicita la inscripción del nacimiento*.

Estudiemos separadamente cada una de estas condiciones.

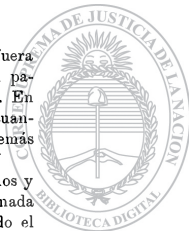
El lugar, día y hora es una condición esencial; sin embargo, no anularía la inscripción si faltase alguna de ellas, siempre que pudiera llenarse por una prueba separada. La hora del nacimiento tiene gran importancia cuando se trata de heredar á personas que han fallecido en el mismo día; pero todas estas circunstancias se pueden demostrar por la prueba testimonial.

2° El sexo, tiene grande importancia para demostrar la identidad de la persona; también puede demostrarse el error y adicionarse la partida; pero debe tenerse presente que cualquier alteración se hará por mandato judicial, y no tendrá valor sino cuando se haya asentado en el Registro la partida correspondiente y expedido la copia.

3° El nombre y apellido que se le dé al recién nacido, es igualmente una condición esencial para demostrar la identidad; pero la dificultad vendrá cuando se trate de un expósito. ¿Quién tendrá derecho para ponerle el apellido que lo distinga en adelante? ¿Será necesario ocurrir al Juez, ó el encargado del Registro podrá hacerlo por sí mismo? Cuando fuera expuesto en un establecimiento público, ¿podrá el administrador imponerle un apellido? Se trata de un niño sin familia, que no tiene apellido, y que es necesario darle uno para que en adelante no se confunda con los del mismo nombre. El art. 46, establece la obligación de dar al expósito un nombre y un apellido, y la dificultad está en saber quién puede imponérselo. En mi opinión, aunque el expósito fuera de algunos días, el encargado del Registro tiene facultad para extender la partida, dándole un nombre y apellido, sin necesidad de ocurrir al Juez; porque se trata de hacer constar el hecho del nacimiento, y aunque habría sido conveniente que la ley impusiera al Oficial público la obligación de hacerse asesorar por peritos para determinar la edad del expósito, como en el caso del art. 35; sin embargo, como no lo ha hecho, no podemos imponerlo.

4° El nombre y apellido, así como el del padre ó de la madre,





sólo se declararán cuando el niño fuera hijo legítimo; si fuera natural, únicamente se consignará el nombre y apellido del padre ó de la madre que lo reconozca ante el Oficial público. En cuanto al domicilio de los padres, no es posible consignarlo cuando se tratare de expósitos, aunque será obligatorio en los demás casos, como el de los testigos.

5º En cuanto al nombre y apellido de los abuelos paternos y maternos, no es una circunstancia que tenga valor alguno, y nada afectará á la partida que careciese de este requisito. Cuando el recién nacido fuera hijo natural, sólo se consignará el nombre de los abuelos del padre ó madre que lo reconocieron.

6º El nombre, apellido y domicilio de la persona que solicita la inscripción, se exige como una circunstancia concurrente para hacer constar que han cumplido con su deber los que hacen la denuncia, y que no son pasibles de la pena impuesta por el art. 92.

Si el encargado del Registro, al comprobar la existencia del nacido, lo encontrase muerto, asentará la partida en el libro de defunciones, sin que de la redacción del acta resulte presunción alguna sobre si nació ó no con vida, aunque los testigos declaren una ú otra cosa (art. 41); porque se trata únicamente de hacer constar el hecho del nacimiento ó el de la defunción en su caso, dejando para un juicio contradictorio la prueba del nacimiento con vida, ó si ha nacido muerto, cuando hubiere intereses pecuniarios unidos á estos hechos. Ya hemos dicho en el art. 73 y sig. del Cód. Civil, como se prueba el nacimiento con vida, y nos referimos en esta parte al comentario del tomo 1º.

El Oficial público no debe, bajo pretexto alguno, consignar prueba sobre el nacimiento desde que se encuentra con un niño muerto, dejando que los interesados demuestren que nació muerto ó con vida; por esa razón ordena que no se extienda partida de nacimiento. En estos casos los hechos deben ser materia de una investigación judicial, y el resultado de la prueba parece que habría de consignarse en el Registro para que sirva en adelante; pero el legislador, con justo motivo, no ha mandado levantar el acta del nacimiento; porque tratándose de una sentencia en juicio controvertido, esa sentencia no tiene la fuerza de la cosa juzgada, sino para las partes que intervinieron, y en cada caso ocu-
rrente se puede renovar la misma cuestión.



Si se tratase de hijos naturales, no se hará mención del padre ó de la madre, á no ser que ésta ó aquél lo reconozcan ante el Jefe de la Oficina, debiendo en tal caso, expresarse tan sólo el nombre de aquél que lo hubiese reconocido, art. 43; incurriendo así en el error que hemos criticado, sobre el abandono que la ley protege, dejando al recién nacido á la voluntad de los padres, cuando debió exigir la declaración de la madre ó del padre, según los casos. ¿Cómo dejar á la voluntad de la madre que declare al hijo como expósito? Los deberes que impone la naturaleza quedan anulados por esta reserva que la ley permite hacer á los padres ocultando su nombre, y arrojando en la sociedad á un desvalido condenado de antemano á la miseria. Es cierto que hay instituciones de caridad que se encargan de criarlos y educarlos; pero eso no es suficiente, ha debido obligarse á los padres que cumplan con los deberes que la naturaleza y la sociedad imponen en estos casos. Por temor al escándalo, el legislador permite se cometa uno mayor que debía avergonzar á una sociedad civilizada. Las leyes se dictan para favorecer al débil, al desamparado, no para los fuertes ni para los viciosos, que tratan de ocultar sus faltas. Rechazamos con fuerza esta especie de cobardía moral que condena á millares de inocentes por salvar á los culpables, á los que ocultan sus vicios ó sus pasiones bastardas. Allí donde el Oficial público concurra por una denuncia de nacimiento, debía exigir, para levantar el acta, la declaración del nombre y apellido del padre ó de la madre, haciéndolo constar previa declaración correspondiente; en caso de negativa debería estar obligado á dar cuenta del hecho al Juez de 1.^a Instancia y al Agente Fiscal, remitiendo los antecedentes del caso para que se haga la investigación, que sólo debería detenerse ante una mujer casada.

Cuando la ley habla de reconocimiento se refiere al que se practica en el mismo acto en el acta del nacimiento; porque si fuera posterior, debería levantarse en el libro creado expresamente por la Ordenanza reglamentaria para tales objetos.

§ 31.— CASOS ESPECIALES DE INSCRIPCION DE NACIMIENTO

Debe tenerse presente que la ley del Registro Civil es derogatoria del Código Civil, como ley posterior, únicamente en lo



que respecta á la Capital y Territorios Federales; que con relación á las Provincias no rigen sus disposiciones, pues se ha reservado expresamente á sus Legislaturas la facultad de dictarlas, creyéndose erróneamente, en mi opinión, que es una ley de forma, cuando legisla el fondo de la materia. Así, no puede existir colisión entre esta ley y el Código; pues como ley posterior del Congreso, deroga la anterior en todo lo que se le oponga.

Y cuando el art. 343 del Cód. Civil, autoriza á los padres para reconocer á los hijos adulterinos é incestuosos (los sacrílegos han desaparecido), y los autoriza para demandar alimentos; la ley del Registro Civil niega esa autorización, cuando dice en el **art. 44**: *en ningún caso podrá hacerse constar el nombre del padre ó madre respecto de quien la filiación tuviera el vicio de adulterino, incestuoso ó sacrílego*; quiere decir, que los encargados del Registro en la Capital y Territorios Federales no podrán levantar actas donde conste esa declaración, porque como ley posterior ha derogado en esa parte, la disposición del Código Civil. Pero si no pueden levantar actas de reconocimiento de los hijos adulterinos é incestuosos, la ley no prohíbe que levanten las de reconocimiento, sin expresar la calidad que tiene el reconocido. Así, el Oficial del Registro Civil estará obligado á levantar el acta de reconocimiento de un niño, sea hecho por el padre ó por la madre, sin expresar la calidad del reconocido, pues no le es permitido hacerlo cuando es adulterino ó incestuoso; lo mismo sucederá cuando se tratare de un hijo natural, en que el Escribano ú Oficial público no debe consignar quién es la madre del hijo reconocido por el padre, aunque éste lo declarase y exigiera, á menos de haberlo ésta reconocido, lo mismo debe hacerse cuando la madre lo reconociera y quisiera nombrar al padre que no lo ha reconocido.

Hay un verdadero peligro en autorizar estas declaraciones, porque expondríamos á las personas de alta posición social á esta especie de *chantage*, que se desenvolvería con fuerza en nuestra sociedad actual, trabajada por la explotación y el deseo vehemente del lucro; pero también privamos al reconocido, por uno de los padres, de los medios para encontrar al que no lo ha reconocido. Impongamos penas severísimas contra estas declaraciones que pueden convertirse en delitos de calumnias muy graves, y habre-



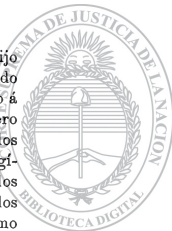
mos puesto una segura valla contra esas declaraciones, porque quien las haga en adelante sabrá las penas severas á que se expone; impongamos al Oficial público la obligación de no recibir esas declaraciones sino cuando vengan atestiguadas por dos vecinos del lugar, y habremos servido á unos y á otros. En este sentido debe corregirse la ley, que la consideramos incompleta.

Goyena, en el art. 356, proponía que cuando el hijo naciera fuera de matrimonio y se hiciera el reconocimiento sólo por la madre, si ésta solicitare ver con este fin al cura párroco, que es quien lleva los registros, éste debería ir á la habitación de la madre impedida, á fin de obtener que el padre se preste á reconocerlo en la partida de bautismo; pero en nuestro sistema de separación completa de la Iglesia y del Estado, en estos casos, no habríamos podido proporcionar este medio para obtener el reconocimiento con el auxilio del sacerdote, que puede hablar á la conciencia del cristiano. El poder civil no tiene esa autoridad moral para hablar á la conciencia. Así, dice Goyena: «esto facilitará en algunos casos que el padre se preste á reconocer al hijo en la partida de bautismo: es además un consuelo dado á la víctima de la seducción impedida, el dar por sí mismo estos pasos de solicitud maternal».

Si nace más de un hijo vivo de un solo parto, se asentará en el libro tantas partidas cuantos fueran los nacidos, designándose especialmente todo signo físico que pueda contribuir á que más tarde sean distinguidos, art. 45, y cuando no tuvieran signo alguno que los diferenciara, quedará exclusivamente á los padres el buscar modos de distinguirlos, sobre todo cuando el parecido fuera muy grande.

La determinación de la hora en que ha nacido un niño, que en la antigua legislación tenía tan grande importancia, por los mayorazgos y vinculaciones, ó por el derecho de primogenitura, la tiene también entre nosotros, y será muy útil en los casos de sucesión, para saber si ha podido heredar al que acaba de morir, y trasmitir ese derecho á sus ascendientes, cuando falleciere á su vez.

Tendrá si gravísima importancia cuando se tratare de la legitimidad del hijo nacido dentro de los 300 días del fallecimiento



del marido; porque si ordinariamente se considera que no es hijo de matrimonio el nacido fuera de esos 300 días que han seguido á la muerte del padre, se reputaría nacido dentro del término á los que nacieran después de los 300 días, bastando que el primero hubiera nacido dentro de ese término. Así, un niño nacido á los 299 días de la muerte de su padre, será considerado como legítimo y conservará ese derecho á su hermano que viniera á los dos días después; porque la concepción es una, indivisible, y los que nacen de un solo parto se consideran concebidos en el mismo instante. De modo que el nacimiento del primero ha conservado el derecho de los demás hermanos, que habrían estado fuera del término, si no hubiese tenido lugar el nacimiento dentro de los 300 días.

Si el primero hubiera nacido muerto á los 300 días de la muerte de su padre, el segundo ó tercero que naciere vivo del mismo parto, se consideraría legítimo; es decir, tendría la presunción en su favor.

En cuanto á los hijos naturales, el reconocimiento del padre ó de la madre respecto de uno de los nacidos no favorece al otro, aunque puede servir de base para hacerse reconocer judicialmente. La posesión de estado que se haya dado á uno de ellos, tampoco aprovechará al otro.

Cuando se tratare de niños abandonados, sea en los tornos de los establecimientos de caridad, creados con este objeto, sea en cualquier otro lugar, se levantará una partida especial, con la declaración de la persona que lo hubiera encontrado ó en cuya casa se hubiera expuesto al recién nacido, en la forma que expresa el **art. 46**, que dice: *el nacimiento de un expósito se inscribirá extendiéndose una partida especial que exprese el lugar y día en que hubiere sido hallado, su edad aparente, su sexo, el nombre y apellido que se le dé ó los documentos, ropas ú objetos que con él se hubiesen encontrado*, debiendo detallarlos en el acta levantada y conservarlos en el archivo bajo el número de la partida; y como la ley nada expresa sobre la autoridad que debe conservar esos objetos que pueden servir para reconocer más tarde al niño abandonado, se deben pasar á la Oficina Central, que es la que custodia todos los registros.

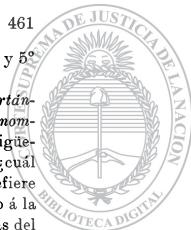
En cuanto á las demás condiciones exigidas por el **art. 42**

deben llenarse en cuanto sea posible; con excepción del 4º y 5º inciso, todas las demás son necesarias.

La inscripción de las partidas de nacimiento se hará insertándose en el acta copia íntegra de ellas y haciéndose constar el nombre y domicilio de quien la solicite, art. 47; y ante la ambigüedad de este artículo, se puede preguntar con alguna razón: ¿cuál es la copia íntegra que se debe hacer en el acta? ¿Se refiere acaso á una inscripción hecha ante el párroco con arreglo á la antigua legislación, que se quiera hacer constar en las actas del Registro Civil? La redacción de este artículo se presta á dudas, porque habla de la inscripción de las partidas de nacimiento, y dice que se hará *insertándose en el acta copia de ellas*, refiriéndose indudablemente á una partida que se trae de otra parte, porque no puede ser de la inscripta en el Registro. Á mi juicio, se debe aplicar este artículo á las partidas que se presenten en copia testimoniada para inscribirse en el Registro; porque no es admisible que el legislador haya querido hablar de las partidas de los hijos naturales, adulterinos, incestuosos ó abandonados, desde que esas partidas se consideran extendidas en debida forma y no tienen por qué venir á solicitar una nueva inscripción.

Cualquiera que sea la inteligencia que se dé al artículo que estudiamos, resultará que hay una partida cuya inscripción se pide, en cuyo caso debe insertarse la copia íntegra de ella. Sea la partida inscrita ante el párroco, lo sea en el extranjero ante la autoridad correspondiente, y con mayor razón si el nacimiento ha tenido lugar en alta mar, en buque de guerra de la Argentina, ó en buque mercante bajo la misma bandera, y aun-que esas partidas, extendidas en debida forma por las autoridades determinadas por el Código Civil, hacen fe en juicio; sin embargo, si quisieran los interesados hacerlas inscribir en el Registro Civil, las presentarían al encargado, que insertaría la copia íntegra de ellas, como lo dice el artículo, haciendo constar el nombre y domicilio de quien la solicite. De todos modos, el presente artículo se explica atendiendo á lo ordenado en los arts. 63 n° 2 y 79 donde se debe hacer una nueva inscripción.

Si el Registro Civil en que ha sido inscripta se la partida destruyese y sólo quedara la copia, que se presentara para hacer la nueva inscripción, se deberá proceder en todo caso como lo



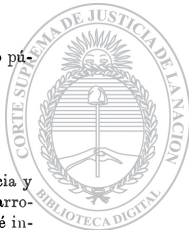
ordena el art. 1011 del Cód. Civil, porque es un instrumento público.

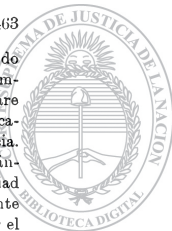
§ 32. — DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES

La sociedad, á medida que adelanta en el ideal de justicia y de caridad, de verdad y de responsabilidad individual, va arrojando al través de su camino esas preocupaciones injustas é inmorales en que para salvar á los culpables, castigaba á los inocentes. No está lejano el día en que la misma sociedad se encargará de proteger á los que nacen de uniones ilegítimas, obligando por medio de la justicia á que el padre y la madre los reconozcan, y cumplan con los deberes que la naturaleza impone á todo ser viviente.

La humanidad ha recorrido penosamente cada etapa, y desde los romanos, en que el padre tenía el derecho de mandar exponer al hijo en la plaza pública, arrojándolo de su hogar, hasta el Código Napoleón, que ha servido de modelo á casi todos los Códigos, en que se prohíbe la investigación de la paternidad, se encuentra una serie de esfuerzos sucesivos en esta marcha hacia la protección del débil, hacia el reconocimiento de deberes que los fuertes eludían bajo el pretexto de la moralidad, ocultando el acto en el misterio, y dejando al recién nacido abandonado, sin padres, sin nombre, entregándolo á la caridad pública.

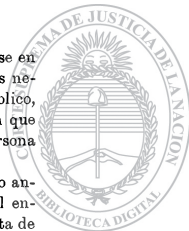
La legislación argentina ha dado un gran paso en este sentido, y será un timbre de honor para los hombres dirigentes de este país, el haber permitido la investigación de la paternidad natural, prohibiéndola únicamente cuando el hijo hubiera de atribuirse á una mujer casada, para proteger el hogar cuya paz no debe turbarse, y porque se prestaría á explotaciones, amenazando á las mujeres de más encumbrada posición social, con un juicio sobre reconocimiento de pretendidos hijos naturales; pero día llegará en que esa protección del hogar se preste eficazmente, no encubriendo incondicionalmente á la mujer que ha tenido uno ó más hijos antes de su matrimonio, dejando á la sola voluntad de la madre el reconocimiento, y prohibiendo la investigación. Una legislación justa, fundada en la honestidad y moralidad, debe





autorizar la prueba de la filiación en todos los casos; castigando con penas severísimas toda investigación que resulte falsa ó improbadamente. Castíguese con diez años de presidio al que intentare una acción de esta clase, que sería difamatoria para la mujer casada, y sólo la deducirían aquellas que se fundan en la evidencia. Pero, ¿qué clase de protección es esa, que para impedir el escándalo de una acción en reconocimiento, se comete la inmoralidad de dejar á un niño sin madre, cuando existe la prueba evidente que ella le dió el ser? La sociedad tiene el deber de amurallar el hogar, de defenderlo y asegurar la paz y tranquilidad de la familia, pero no prohibiendo la investigación, sino castigándola severamente, cuando resulte calumniosa. Una pena de diez años de prisión, según la posición social de la demandada, bastaría para impedir el *chantage*; pero no detendría al que tiene en su mano la prueba evidente del reconocimiento judicial. ¿No es acaso una injusticia que un niño criado por la madre, reconocido en todos los momentos por ella; presentado como tal en la sociedad; que tiene cartas en que ella lo reconoce como tal hijo, pueda echar por tierra toda esa prueba, desconocerlo, desecharlo, sólo porque ha contraído matrimonio, engañando á su marido? Y por conservar la paz de este hogar, y la tranquilidad de esa familia, ¿se permite que la mujer arroje de su regazo á ese ser desgraciado, poniéndola á cubierto de una reclamación? No! La sociedad no debe proteger la inmoralidad, en estos casos de evidencia, ni extender su indulgencia á los que olvidan las leyes naturales; pero la sociedad así lo exige y en esas condiciones la mujer casada ni por propia voluntad podría hacer ese reconocimiento, sin el consentimiento de su marido. Estudiemos el **art. 48**, que dice: *el reconocimiento de hijos naturales se inscribirá levantándose al efecto una acta en cualquiera otra oficina del Registro, aunque no fuera la del domicilio del otorgante y poniéndose notas marginales de referencia tanto en el acta como en la partida de nacimiento*; pero nada dice el artículo trascripto con relación á la capacidad del que puede practicar el reconocimiento.

En primer lugar, se trata del reconocimiento de hijos naturales, no de los que han sido legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres.



El reconocimiento del padre ó de la madre puede hacerse en la misma acta del nacimiento, pero para que tenga valor es necesario que sea firmada por el que lo reconoce. El Oficial público, encargado del Registro, no debe consignar una declaración que importe el reconocimiento, sin que esté firmada por la persona que lo practica.

¿Puede la mujer casada reconocer un hijo natural habido antes de su matrimonio, sin consentimiento de su marido? El encargado del Registro, ¿está autorizado para levantar una acta de reconocimiento en esas condiciones? Cuando publiqué el primer libro que se haya escrito en la República sobre el Código Civil, con la colaboración del Dr. Leguizamón, sostuve la afirmativa, por las razones que expusimos en las notas; esa opinión ha sido aceptada uniformemente por los autores argentinos que nos han seguido; pero posteriormente sometida la cuestión á un estudio más meditado, me he decidido por la negativa, fundando mi disenso en el comentario al art. 57 de la Ley de Matrimonio Civil. Pero como el Dr. Llerena, en la segunda edición de sus concordancias, art. 57 (l. m. c.) dice, que es un gran error sostener lo contrario, y agrega: «de la misma opinión son los R. R. de la Instituta y también el Dr. Varela en su obra *Registro Civil*, pág. 190. Allí pueden verse los *irrefutables* argumentos en favor de la solución que damos», vamos á hacernos cargo de unos y otros para demostrar el error en que se incurre al sostener semejante facultad.

En mi opinión es una de las cuestiones más graves que pueden presentarse en derecho civil, porque si concediéramos á la mujer casada la facultad de reconocer hijos naturales, sin consentimiento del marido, pondríamos en la mano del incapaz, de la que no puede obligarse, uno de esos poderes que pueden destruir el nombre de una familia, y relegarla al desprecio de la sociedad en que vive. El marido dejaría de ser el jefe reconocido de la familia, desde que no puede impedir á la que está bajo su poder marital, que lo ponga en ridículo y arroje su nombre á la vergüenza pública. Por esa razón me esforzaré en acumular todos los argumentos que militan en favor de la opinión que sostengo, corriendo el riesgo de salir de los límites de un estudio general, que me he propuesto hacer de la ley del Registro Civil.

Me ocuparé primero de los argumentos *irrefutables* de que habla el autor cuya opinión combato.

El Dr. Varela, autor del proyecto de ley sobre Registro Civil, presentado á la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, y que fué sancionado con algunas modificaciones, dice en la pág. 190: «el matrimonio no puede imponer á una mujer deberes contrarios á actos, practicados antes de su matrimonio, ni puede destruir sus derechos, sobre hechos pasados, antes de que fuera esposa»; principio que sólo es cierto tratándose de derechos adquiridos, que forman parte de su patrimonio; pero es erróneo, cuando se aplica á las facultades que la ley confiere y que no se han ejercido. Así, los contratos hechos por la mujer mayor de edad, los actos jurídicos realizados antes de su matrimonio son válidos, no sufren alteración por el matrimonio, pero esos contratos no pueden recibir modificación alguna sin permiso de su marido; no puede desistir de ellos, ni alterarlos, como tenía facultad de hacerlo, mientras permaneciese soltera. Si ha reconocido hijos naturales, quedan reconocidos; pero como este no es un derecho sino una facultad que la ley concede al que no está sujeto á potestad alguna, si esa facultad no ha sido ejercida, no puede usarla cuando ha perdido su capacidad. Ahí está el art. 55, ley de Matrimonio Civil, que dice expresamente, que la mujer casada no puede sin licencia del marido celebrar contrato alguno, *ni desistir de un contrato anterior*, ni adquirir bienes por título oneroso ó lucrativo, *ni contraer obligación alguna*. Según esta última prohibición, todo acto de la mujer que traiga consigo una obligación para ella, no puede ejecutarlo sin permiso del marido, y el reconocimiento de un hijo, que trae la obligación de alimentarlo, educarlo y cumplir con las obligaciones que la maternidad impone, no puede hacerlo sin ese permiso. Y no es porque el matrimonio le haya privado de derecho alguno, como se supone, porque eso jamás ha sido un derecho que se encuentre en el patrimonio; es una facultad que ejercida asegura la validez del acto, y está fuera de la acción de una nueva ley que no puede alterarlo, aunque suprima la facultad en adelante; pero cuando no se ha usado, el cambio en el estado de familia, ó mental de la persona, ó en la legislación, la hace perder. Por eso la mujer que al hacer un contrato tenía la facultad de modificarlo, de acuerdo con el otro con-



tratante, ó de desistir de él, una vez que ha contraído matrimonio no puede hacerlo sin permiso de su marido.

En seguida, dicho autor, sólo se ocupa en justificar que, la facultad de reconocer hijos naturales por una mujer casada, no importa una investigación de la maternidad para atribuir el hijo á una mujer casada, con cuya opinión estoy conforme, aunque no con las razones en que la apoya. Así, pues, los irrefutables argumentos de que nos habla el autor á que me he referido, quedan reducidos á una simple afirmación, de que el matrimonio no puede destruir los derechos de la mujer casada, sobre hechos pasados; lo que sólo es admisible tratándose de derechos adquiridos y no de facultades que no se han ejercido.

En las discusiones científicas, cada uno busca la verdad abstracta, sin un interés del momento que perturbe la mente del que estudia y se empeña en resolver la cuestión en el único interés de la ciencia y de la verdad, y por esa razón parecen fuera de lugar esas conclusiones tan absolutas, que están bien en los litigios para llevar la convicción al Juez, pero no en los libros. Así, no se debe afirmar sino con mucha cautela, que tal opinión está probada de un modo irrefutable, ó de que tal ó cual sentencia convierten una opinión dudosa en una verdad incontrovertible. Conviendría siempre mayor seriedad en estas afirmaciones, en que los autores, despojándose de las des preocupaciones de escuela, ó de ese amor propio que nos lleva á sostener nuestros propios errores, cuando hay mayor nobleza en confesarlos en interés de la verdad y de la ciencia; porque el cambio de opinión demostraría que nos ocupamos constantemente en estudiar y adelantar.

Pero el Dr. Varela, tratando de demostrar, no ya la facultad que tiene la mujer para reconocer hijos naturales habidos antes de su matrimonio, sino que ese reconocimiento no importa una investigación de la maternidad, prohibida por el Cód. Civil, dice: «pero si ella (la mujer casada) revela el secreto; si ella misma por su propia voluntad, hace la revelación de su vida pasada, y descubre que tiene un hijo, nacido antes de su matrimonio, ¿qué interés puede tener la ley en ocultarlo? ¡Absolutamente ninguno!» Estamos de perfecto acuerdo con esta conclusión, desde que el marido consienta en el reconocimiento; la rechazamos cuando



éste se opusiera. Porque si la ley ha prohibido la investigación de la maternidad cuando el hijo haya de atribuirse á una mujer casada; si ha preferido dejar abandonado al niño, haciéndole perder los derechos de hijo natural, libertándola de los deberes que la naturaleza le impone; si ha amurallado ese hogar, con el objeto de conservarlo, porque la revelación de semejante secreto llevaría consigo la pérdida social de la madre y la destrucción de la nueva familia, cuya piedra angular es la honradez de la mujer, ¿cómo podría autorizarla para que por su propia voluntad destruyera todo este edificio construido con esfuerzos comunes? Esa mujer, que no puede contraer obligación alguna, hacer el más pequeño contrato, sin permiso de su marido, ¿podría comprometer el nombre que lleva, deshonorarlo y destruir una familia? La ley tiene interés en ocultar ese secreto; porque está el marido y los hijos, que forman la familia legítima, y que no pueden permitir á la mujer que por venganza contra su marido ó por debilidad mancille el nombre que lleva, y de esposa digna y honesta se convierta en una mujer cualquiera, que trae nuevos hijos á su hogar, creándose obligaciones y deberes, y concediendo derechos hereditarios á su voluntad. ¡No! ;Esto no puede consentir la ley!

Ocupémonos ahora de los argumentos que nos opone el expresado autor. Habíamos dicho en nuestro comentario: « la mujer incapaz, sólo puede ejercer aquellos actos que expresamente le sean concedidos », y á esto se nos contesta: « este principio es falso completamente; el que tiene una incapacidad relativa, como la mujer casada, puede ejecutar todos los actos que no le son prohibidos. Por esto es que el art. 55, al incapacitar á la mujer casada, dice: son incapaces respecto á (*de*, dice la ley) ciertos actos, ó del modo de ejercerlos: 1º, los menores adultos; 2º, las mujeres casadas. Como se ve, el Código incapacita á la mujer casada *sólo* para ciertos *actos*. ¿Cuáles son esos actos? Es claro que los enumerados por el mismo Código en distintos artículos, entre otros, los del capítulo que estudiamos; si fueran todos, no diría de *ciertos actos*. Si el principio fuera que la mujer casada sólo puede ejecutar los actos que la ley expresamente le permite, el legislador no hubiera hecho la enumeración prolija que hace sobre los actos que no puede ejecutar la mujer casada; en tal caso, habría enumerado los que puede ejecutar, porque los que no enumera serían los que no podía



ejecutar.» He transcripto todo lo que dice este autor para fundar la opinión contraria á la que sostengo al presente, á fin de que se vea con que facilidad se declara irrefutable una solución que no tiene fundamento alguno.

Del examen que acabo de hacer, resulta que las únicas razones alegadas en favor de la tesis que combato, se encuentran en la nota 34 de «La Instituta», que escribí en 1872, en colaboración, y que dice: «el Dr. Freitas, reconoce en la nota al art. 1575, que padeció una omisión al enumerar los casos en que la mujer puede parecer en juicio sin autorización del marido, y agrega, que se debe considerar como incorporado á dicho artículo el inciso que dice: 5º, cuando reconociese sus hijos naturales habidos antes de su matrimonio; disposición que no contiene nuestro artículo, pero que opinamos se debe considerar como incorporada. El reconocimiento que la mujer hace del hijo natural que tuvo antes de su matrimonio, es un acto que debe ser completamente independiente de una voluntad extraña; la mujer, en este caso, como cuando hace testamento, recobra su capacidad, sin que necesite de la voluntad del marido.» Como se ve, aquí tampoco se estudia la cuestión, nos contentamos con una afirmación.

Traídos todos los antecedentes, ocupémonos primero de responder á la objeción del autor á quien combato. Su argumentación es negativa, porque se limita á atacar la regla sentada por mí, de que «los incapaces no pueden ejecutar sino los actos expresamente permitidos», y aunque ese principio tiene por objeto apoyar la doctrina que sostengo, no es el único en que me fundo, ni la razón principal de mi disenso con mi opinión de ahora 30 años; sin embargo, es exacto, y no *falso completamente*, como lo califica dicho autor. En primer lugar el art. 55, que cita para contradecir mi opinión, nada tiene que hacer con la doctrina sostenida por mí, pues sienta como un principio general que el menor adulto y la mujer casada son incapaces *relativamente*. Nadie puede contradecir semejante principio; pero de que no sean incapaces *absolutamente*, no quiere decir que puedan ejecutar los actos que no les sean expresamente permitidos. Examinemos.

El Código divide las incapacidades para obrar en absolutas y en relativas; entre los primeros se encuentran las personas por na-



cer y los menores impúberes, etc., que no tienen voluntad; entre los seguros, que pueden ejecutar los actos permitidos expresamente se hallan los menores adultos y las mujeres casadas. En seguida el Código entra á detallar los actos en que la mujer necesita de la licencia de su marido y sin la que el acto sería anulable, y dice en el art. 54, (ley de m. c.); la mujer no puede estar en juicio sin licencia de su marido; sigue en el art. 55: tampoco puede celebrar contrato alguno (sin licencia de su marido), ni desistir de un contrato anterior, ni adquirir bienes por título oneroso ó lucrativo, ni enajenar ni obligar sus bienes, *ni contraer obligación alguna*.

Sería cosa de preguntar, si la mujer que reconoce á un hijo natural, no contrae la obligación de alimentarlo, educarlo y darle una profesión ú oficio; pero continuemos el examen. Viene el art. 56, legislando los casos en que la mujer se presume autorizada por su marido para ejecutar ciertos actos, y después de las prohibiciones generales, contenidas en el art. 55, de que no puede hacer contrato alguno, ni contraer obligación sin permiso de su marido, viene el art. 57, que es una excepción á esa regla general, y dice: «no es necesaria autorización del marido»; la excepción no puede ser más clara, ni la regla general más evidente. Regla general: la mujer no puede ejercer acto alguno que traiga consigo una obligación, adquisición ó modificación de sus derechos, sin licencia de su marido; se exceptúan de esta regla los actos siguientes, en que no la necesita: para los pleitos contra su marido; para defenderse cuando fuere acusada criminalmente; para hacer un testamento ó revocar el que hubiere hecho; para administrar los bienes que se hubiere reservado en el contrato nupcial. En estos únicos cuatro casos no necesita de autorización; luego no podemos extenderla arbitrariamente. He ahí justificada nuestra regla general: la mujer no puede ejecutar, sin permiso de su marido sino los actos expresamente autorizados por la ley. ¿Dónde iríamos á buscar una disposición que la autorizara á reconocer los hijos naturales habidos antes de su matrimonio, sin permiso de su marido? Afirmamos de un modo absoluto que el Código Civil, no contiene una autorización semejante. -

Es cierto que nosotros pensamos en la nota 34 de la *Instituta*, que debía considerarse como incorporada la disposición olvidada



por Freitas, en el art. 1308, y recordada en la nota al art. 1575, sin apercibirnos que esa doctrina, nos convertía en legisladores, pues autorizábamos á la mujer para ejecutar un acto que la ley no comprendía. En disculpa de este pecadillo, podemos decir, que escribimos al año siguiente de la vigencia del Código Civil, que recién se comenzaba á estudiar; pero el error de agregar, por propia autoridad, la disposición de un proyecto extranjero, convirtiéndolo en ley argentina, se disculpaba entonces; no así, después de dictada la ley de matrimonio civil en 1889, en que reproduciendo el art. 191 del Código sobre matrimonio, el legislador no ha aceptado la disposición propuesta por Freitas. ¿Con qué derecho nos convertiríamos en legisladores, creando excepciones que la ley no ha comprendido? ¿Qué razón válida puede alegarse para conceder á la mujer casada una facultad tan extraordinaria? Que en el proyecto de Freitas, de donde fué tomado el artículo, se encontraba tal autorización, no es un argumento; porque de admitirlo, tendríamos que convertir en ley argentina todo lo suprimido por el Dr. Velez-Sarsfield, del proyecto brasileño, lo que sería un absurdo. Pero además de esto, justifiquemos la previsión de nuestro codificador al no aceptar esa disposición, separándose de su modelo habitual, como lo hace en cientos de casos.

En efecto, la autorización á la mujer para reconocer, sin licencia del marido, los hijos naturales habidos antes de su matrimonio, sería insólita, inmoral y destructora de la paz y armonía que debe reinar en la familia, dado el sistema de nuestro Código. Y por más que como doctrina jurídica, que responde á las necesidades de la actual civilización, no admitamos semejante prohibición, que trata de favorecer la ocultación, castigando con el abandono del inocente, las faltas del culpable, no es menos evidente que ante la ley positiva actual esa autorización no puede darse sin hacer una reforma radical en los principios que han presidido el reconocimiento de los hijos naturales. ¿Por qué? La razón es bien sencilla; el Código Civil ha querido garantizar por todos los medios posibles, no sólo la paz y tranquilidad del nuevo hogar legítimo, sino también el nombre del marido que sufriría un menosprecio evidente, según nuestras costumbres, el día que viniera á demandarse en juicio el reconocimiento de un hijo natural que



su mujer hubiera tenido antes de su matrimonio; por eso la ha protegido con la disposición del art. 326, que prohíbe la investigación de la maternidad, cuando hubiere de atribuirse el hijo á una mujer casada. ¿Cómo autorizaría entonces á la mujer para que en odio ó por venganza contra su marido ó por debilidad, mancillara el nombre que lleva y revelara un secreto que destruye la familia? Esa mujer incapaz, que no puede celebrar contrato alguno, que no puede contraer la más pequeña obligación sin licencia de su marido, que es el jefe y guardián del honor, del nombre y de los intereses de la familia; ¿cómo podía, decimos, ser autorizada para reconocer hijos naturales, arrojando una mancha sobre el nombre de su marido y trayendo nuevos herederos? Es contrario al sistema del Código, y no es posible sostener ante la ley actual semejante autorización.

Se dice, que este reconocimiento no es una investigación prohibida por la ley; es cierto; pero de que no sea investigación no nace una facultad que el legislador no ha dado á la mujer para que proceda motu-propio, sin autorización del marido; lo que se deduce es que la mujer podría hacer ese reconocimiento con autorización y sería válido, pues lo que la ley prohíbe es la investigación.

Cuando se dictó la ley sobre el Matrimonio Civil, han debido tenerse en cuenta las observaciones hechas por nosotros en la *Instituta*, y seguidas uniformemente por los autores que escribieron posteriormente; pero ninguno deducía un nuevo argumento, se limitaban á una afirmación, alegando lo que nosotros habíamos dicho, que Freitas había suprimido, por error, la facultad concedida á la mujer para reconocer hijos naturales sin permiso del marido, y el autor á quien combatimos sostiene en 1902, es decir, treinta y dos años después de ponerse en vigencia el Código y de dictada en 1889 la ley de Matrimonio Civil: «que Freitas, en el lugar citado, dice que el artículo correspondiente á esto, en que se autoriza á la mujer casada para reconocer hijos naturales, fué suprimido por un error, y que debe considerarse incorporado al Código». Lucidos estaríamos si incorporásemos á nuestro Código Civil todas las disposiciones de Freitas, que fueron suprimidas por el Dr. Velez-Sarsfield! Debemos suponer que á un jurisconsulto del saber del codificador, no le habría pasado desap-



cibido esa supresión, que nosotros encontramos primero; pues en cada materia debía consultar con su modelo, y la prueba de que estudió el título *De los hijos ilegítimos*, de Freitas, donde se encuentra la nota al art. 1575, es que tomó de él los arts. 332 (arts. 1578 y 1586 de Freitas), el art. 328 que es el 1588, y por fin el art. 333 que es el 1587 de aquel autor; así pues, el Dr. Velez-Sarsfield tuvo presente la nota de Freitas y no incorporó la disposición. ¿Por qué corregiríamos nosotros al codificador, atribuyéndonos un descubrimiento que él no habría hecho?

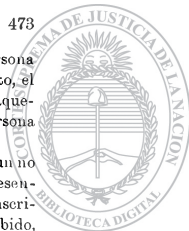
Por sobre todas las razones que pudieran darse para conceder á la mujer casada una autorización, de tan fundamental importancia, es que no hay ley alguna en que fundarla, y que con excepción de los cuatro casos determinados en el art. 57 de la ley de Matrimonio Civil, no se puede citar uno en que la mujer pueda obrar sin consentimiento del marido, y si en la disolución de la sociedad conyugal, cuando ocurre la separación de bienes ó en los casos de divorcio, la mujer puede contratar sin autorización, es porque hay disposiciones expresas que la facultan; pero en ninguna de ellas se encontrará la de reconocer hijos naturales, trayendo nuevos herederos por su propia voluntad, mancillando su nombre, que es el de su marido.

La mujer casada no puede hacer el reconocimiento de los hijos habidos antes de su matrimonio, sin licencia del marido, porque no hay disposición alguna que la autorice.

Los menores púberes, pueden reconocer á sus hijos naturales; pero ese reconocimiento está sujeto á anulación, cuando fuere reclamado por dicho menor, por causa de su incapacidad; está en el mismo caso que el reconocimiento hecho en testamento, que queda sin efecto por la revocación de éste.

El artículo que estudiamos autoriza á cualquiera de los Encargados del Registro para levantar el acta de reconocimiento, aunque no sea la Oficina del domicilio, ni estuviera la partida de nacimiento en su registro; facilitando de ese modo para hacerlo en cualquier parte.

El reconocimiento deberá hacerse personalmente por aquel de los padres que lo verifcare, firmando el acta respectiva, si supiera firmar, ó haciéndolo á su ruego otra persona en caso contrario; puede hacerse también por otro á nombre del que lo re-



conozca, teniendo poder bastante en que se designe la persona que debe reconocerlo, expresándose la fecha del nacimiento, el registro donde se encuentre inscripta la partida, y todos aquellos antecedentes que hagan imposible el confundir la persona reconocida.

El artículo no habla del reconocimiento de la persona aun no nacida, pues se suprimió el art. 37 del proyecto Varela, presentado á la Provincia de Buenos Aires, que decía: «no podrá inscribirse el reconocimiento de un hijo no nacido, pero ya concebido, sin que lo hagan simultáneamente el padre y la madre. En este caso, en la inscripción deberá hacerse constar el nombre y apellido de ambos y su domicilio. Este reconocimiento se anotará al márgen de la partida que se extienda cuando el nacimiento se verifique, y el niño sea presentado al Oficial del Registro Civil». La supresión de este artículo, ¿se debe considerar como una prohibición del legislador para que los encargados del Registro se nieguen á autorizar actas semejantes? No lo creo. Cualesquiera que hayan sido las razones de la supresión, como se trata de un reconocimiento de un hijo concebido, en que la ley lo considera como existente para los casos en que haya de recibir bienes por donación ó herencia, con más razón debe protegerlo en este caso, que recibe el bien inestimable de tener padre ó madre á quien amar y bendecir.

La doctrina que sostengo está apoyada además por las razones siguientes: el Código Civil exige para la indagación de la paternidad de un niño, cuyo padre ha fallecido, la prueba de la posesión de estado que no puede darse en este caso, porque el niño no ha nacido, y carece de las condiciones que caracteriza la posesión de estado: *nomen, tractatus, fama*. El niño no tiene nombre, no ha podido el padre tratarlo como á tal hijo presentándolo á la familia en esas condiciones; ni existe la fama pública que resulta del reconocimiento constante que haya hecho en la sociedad. Ese niño quedaría sin padre por el hecho de haber nacido antes de la muerte del que le dió el ser.

Creo, como el autor del proyecto, que «si un padre natural, muere antes del nacimiento de su hijo, aun cuando no pueda éste promover la indagación de la paternidad, para atribuírsela á un padre muerto, puede sí producir la prueba de su estado civil,



para obtener una sentencia judicial, que reconozca y declare su filiación como un hecho existente y constante»; pero no con ese objeto, sino con el de hacerse reconocer por hijo y entrar á heredar á su padre; pues parece que, si bien el legislador argentino se ha preocupado más de los intereses de los herederos del fallecido, sin tener en cuenta el muy legítimo de los huérfanos que quedan desamparados, esta teoría no se acepta en nuestros tribunales. Si hay un verdadero peligro en abrir la puerta á la codicia y á la difamación, autorizando en todos los casos la investigación de la paternidad, hay injusticia y crueldad también, en cerrarla herméticamente cuando han muerto los padres, en que sólo se admite la posesión de estado, posible en Francia y otras naciones donde la liberalidad de las costumbres hace fácil esa prueba; pero imposible entre nosotros. En efecto; lo más natural en nuestras costumbres es que el hombre en buena posición social mantenga su querida é hijos mientras vive, y que una y otra no se cuiden de reclamar su estado civil desde que el hombre cumple con todas las obligaciones de padre y de amante; pero viene la muerte súbitamente, y los hijos encuentran la puerta cerrada para reclamar un nombre y una parte del patrimonio de su padre. Habría sido más justo autorizar la prueba escrita, y la testimonial en los casos excepcionales de que los testigos fueran personas altamente colocadas en la sociedad. Y para impedir esos pleitos inícuos, imponer penas severísimas á los que los promueven injustamente.

Pero nuestros Tribunales han subsanado, en parte, esta injusticia, admitiendo la prueba de la filiación natural, aunque no sea la de la posesión de estado en la extensión que le dan los autores franceses y la misma nota del codificador; admiten la prueba que lleva la convicción al juez, considerándola bastante cuando se ha demostrado con hechos que el fallecido ha reconocido á su hijo en cualquier forma; que la posesión de estado con los caracteres del *nomen*, *tractatus*, *fama*, sólo se debe exigir para los hijos legítimos. Jurisprudencia humana y justa que se debe seguir en todos los casos; porque es á los tribunales á quienes corresponde interpretar la extensión que debe darse á la expresión usada por el artículo: *posesión de estado*, que no se ha definido en parte alguna del Código.



La partida de nacimiento puede estar asentada en el mismo Registro en que se hace el reconocimiento, ó en otro de los que llevan los encargados, ó finalmente, encontrarse en los que anualmente se envían á la Oficina Central y al Archivo, en esos casos dice el **art. 49**: *si la partida de nacimiento no estuviera asentada en la Oficina, el encargado del Registro remitirá dentro de veinticuatro horas al Jefe de la Oficina en que ella exista, copia legalizada del reconocimiento al efecto de su inscripción y de las notas marginales*, y cuando correspondiese á una partida que se encontrare en la Oficina Central, ó en el Archivo, el Oficial público encargado del Registro deberá dirigir al Jefe de la Oficina Central y al Archivero General, una copia legalizada del reconocimiento, para que practiquen la anotación correspondiente al margen de la partida de nacimiento y agreguen al registro cerrado la copia enviada.

Y como el reconocimiento puede hacerse en escritura pública, ante cualquier escribano de la República, habría sido conveniente imponer la obligación á estos funcionarios de enviar copias testimoniadas y legalizadas al Oficial encargado de hacer la anotación al márgen de la partida, sin que esta diligencia se pudiera considerar como una invasión á las jurisdicciones locales.

Si un individuo siguiera un juicio contra el padre ó la madre, demandando el reconocimiento, y una sentencia lo tuviera por reconocido, se debió igualmente ordenar al vencedor que pidiera se librase oficio al Jefe del Registro, donde se encontrase la partida, adjuntando copia legalizada de la sentencia firme, para que se haga la anotación correspondiente en la partida de nacimiento; pero como la ley ha guardado silencio á este respecto, los jueces de la Capital y Territorios Federales, tendrán por bastante el reconocimiento hecho en esas condiciones, aunque no fuera inscripto en el Registro del estado civil, ni tuviera la nota respectiva la partida de nacimiento.

El reconocimiento de un hijo natural, puede hacerse ante cualquier escribano público que ejerza las funciones de tal en la nación; pero cuando el art. 50 se refiere á los escribanos en cuyo registro se extendiera la escritura de reconocimiento, sólo comprende á los de la Capital Federal y Territorios Nacionales, porque no puede imponer obligaciones á los funcionarios que no es-



tán bajo su jurisdicción, y esa fué la dificultad que encontró el Dr. Velez-Sarsfield, para incorporar al Código Civil, la ley del Registro; sin pensar que igual cosa habría sucedido tratándose de las escrituras públicas. ¿Cómo es que determinó las formas esenciales que debía tener una escritura pública para ser tenida por auténtica en toda la República? ¿Acaso necesitaba que esos funcionarios estuvieran sujetos al contralor de la autoridad central ó nacional? Lo mismo ha sucedido para los Códigos que el Congreso tenía la facultad de dictar; la aplicación de las leyes quedaba entregada á las autoridades de cada provincia, dejando á sus tribunales en completa libertad de aplicar la ley, interpretándola con toda independencia. Una ley posterior comprendió el peligro de semejante facultad, que desligaba á la Suprema Corte Federal, en absoluto, de esas resoluciones, y dispuso que habría recurso para este alto tribunal en todos los casos en que se hubiera puesto en cuestión la validez de una ley nacional y de una provincial, y la sentencia hubiera sido favorable á la ley provincial.

Hubo, pues, un exceso de respeto por las autonomías de provincia que, en nada se menoscababan al determinar quienes serían los empleados que extendieran las escrituras públicas de transmisión de la propiedad raíz, los testamentos y demás actos que debían ser redactados en escritura pública; igual cosa pudo hacer el Código, estableciendo quienes debían hacer las inscripciones de los nacimientos, y defunciones, como después lo hizo con respecto al matrimonio, sin que nadie se sintiera herido por tal disposición.

Es un error, á mi juicio, que se corregirá en el porvenir, diciendo el Congreso una ley que forme parte del Código Civil, determinando la forma en que debe hacerse el registro del nacimiento y defunción en toda la República; porque no es posible admitir que el Congreso tenga facultad para legislar sobre el traspaso de la propiedad raíz, sobre las condiciones de las escrituras públicas, y no la tenga para determinar la prueba de la organización de la familia, y la garantía que esa misma organización trae consigo como una consecuencia necesaria. Reglamentar la forma y modo del traspaso de una propiedad raíz en todo el territorio nacional, y dejar en la mano de las leyes de provincia la prueba del nacimiento, del matrimonio y de la defunción, que



engendran derechos más importantes, y con una extensión que comprende aun el traspaso de esa propiedad raíz, es una especie de contrasentido. En efecto, del nacimiento nace el parentesco y los derechos anexos, como la patria potestad, el deber de alimentar y educar á los hijos, el derecho de heredar al padre poniéndose en su lugar, representando su persona, adquiriendo sus bienes y obligándose á cumplir todo lo que el fallecido hubiere prometido; y este hecho tan importante y capital lo dejamos á las provincias, para que ellas nos suministren la prueba. ¿Por qué no hicimos igual cosa respecto del matrimonio? El error es evidente; pues si el Congreso se creyó con facultades para determinar los empleados que deben llevar los registros de los matrimonios, sin menoscabar en lo más mínimo las autonomías provinciales, bien pudo hacer lo mismo respecto de los que debían llevar los Registros de nacimiento y defunción. Pero en un trabajo que tal vez publicaré, creo que podré demostrar que las palabras de la Constitución Nacional, en el art. 67, inc. 11, que confiere al Congreso la facultad de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, *sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales*, no importan un obstáculo para que el Congreso dicte disposiciones que abracen la parte procesal en que se tocan y confunden la ley de fondo con las de forma; porque en ese caso no se altera la jurisdicción local.

La verdadera doctrina que nace de este artículo, es que el Congreso sólo puede dictar esos Códigos, sin que éstos alteren las jurisdicciones locales; esa es la única limitación. Y como es una facultad delegada, buscando la unidad de la legislación, no puede extenderse más allá de lo expresamente delegado, carece de facultad para dictar el Código de Procedimientos, los Códigos Rurales, etc., que corresponderán á las provincias. Lo que habría que averiguar, es si el Código Civil altera las jurisdicciones locales, cuando dice: las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos ó por funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones, art. 997; si se invaden las jurisdicciones locales, cuando dice el art. 17 de la Ley de Matrimonio Civil: los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el Oficial público encargado del Registro Civil. En uno y otro caso debe existir un funcionario que se llame escribano público ó Jefe

del Registro Civil. ¿En qué puede invadirse la jurisdicción de la provincia?... Pero dejo esta cuestión para terminarla en un estudio más extenso.

Vengamos ahora á la ley del Registro Civil, que dice en su **art. 50**: *los jueces, ante quienes se hiciere el reconocimiento de hijos naturales y los escribanos que extendiesen escritura de esta clase, remitirán dentro del término fijado por el artículo anterior y á sus efectos, copia de tales documentos al Jefe de la Oficina en que se encuentra la partida de nacimiento, entendiéndose lo propio respecto de sentencias ejecutoriadas sobre filiación legítima ó natural*, y cuando no se encontraran los registros en poder del Encargado se hará saber á la Oficina Central y al Archivo para que se hagan las anotaciones correspondientes.

El artículo no legisla el caso en que el individuo reconocido no estuviera inscripto en el Registro Civil; pero en esa hipótesis debe procederse como lo indica el art. 47, de que nos hemos ocupado, y el encargado pedirá se le presente la partida de bautismo y la insertará íntegramente en el acta del reconocimiento. Cuando el individuo reconocido no estuviera inscripto en parte alguna; es decir, no tuviera partida, el acta de reconocimiento se levantará haciendo constar esa circunstancia, y se exigirá la orden de Juez competente para proceder á inscribir la partida de nacimiento.

No creo que el encargado del Registro se pueda negar á levantar un acta de reconocimiento de hijo natural, porque no se le presente una copia de la partida de nacimiento que no figura en el Registro Civil; porque eso sería desnaturalizar la misión del Oficial público, y como el reconocimiento puede hacerse por ante Escribano público, en testamento ológrafo y ante el Juez del lugar, no hay razón para que no pueda levantar un acta semejante en el libro respectivo.

En cuanto al argumento que se hace para impedir al Oficial público de levantar actas de reconocimiento, sin que se le presente la partida diciendo: «nadie tiene el derecho de reconocer como hijo, á aquel que no ha engendrado, una vez que la adopción se ha suprimido; y que no se debe olvidar que es posible que un individuo se presente reconociendo, como hijo natural, un niño que no existe, ó que sea hijo de un matrimonio legítimo, ó





que ya esté reconocido por otra persona », no me parece que se deba tomar en cuenta; porque el acto del reconocimiento indebido no se podrá impedir, y por esa razón se ha facultado á los hijos para rechazar ese reconocimiento. Es preferible autorizar un posible engaño que no tendrá valor, desde que se anulará un reconocimiento indebido, que privar á un niño el ser reconocido por el que se dice su padre, porque no se encuentre la partida de bautismo. Respecto del reconocimiento de hijos legítimos que una persona quisiera hacer, como naturales, llevando el deshonor á una familia, cosa posible aunque no probable, el que tal cosa hiciera llevaría la pena de los calumniadores, y una vez que se hubiera justificado el hecho de que el hijo reconocido como natural ha nacido dentro del matrimonio, quedaría anulada la partida. Téngase presente que en la partida de reconocimiento no se puede nombrar á la persona de quien se tuvo el hijo, á menos que ésta lo hubiera reconocido; lo que impedirá la hipótesis de deshonor que se temía.

La doctrina que sostengo fué la que prevaleció en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, pues se suprimió el art. 41, que prohibía al Oficial público el levantar las actas de reconocimiento sino se presentaba la partida, cuando no estuviese inscripto en el registro el reconocido.

Hemos dicho que el reconocimiento de los hijos naturales puede hacerse en testamento por acto público, ológrafo ó cerrado; por escritura pública ante cualquier escribano, y por ante los jueces, ya por sentencia firme dictada en juicio contradictorio, ó por acta en esos mismos juicios, y para facilitar la comprobación del hecho ha establecido el **art. 53**, que: *la inscripción de las sentencias de filiación, de escrituras de reconocimiento, de hijos naturales y en general de cualquier otro documento, se hará insertándose en el asiento copia íntegra de él y haciendo constar el nombre y domicilio de quien solicita el acto*. El artículo se refiere á los casos en que el reconocimiento se hiciera fuera de las oficinas del Registro Civil, y en que el interesado se presente con esa copia pidiendo la inscripción; entonces debe insertársela íntegra; pero no expresa qué debe hacer el Oficial público con ella; si la devuelve al interesado ó si la retiene agregándola al Registro. En mi opinión, el encargado del Registro debe conservar la copia,

agregándola por cabeza del instrumento para constancia; pero no incurrirá en falta pasible de pena si la devuelve, porque se trata de un instrumento público cuya matriz se encontrará en el registro del escribano, si el reconocimiento se hubiere hecho en escritura pública, ó en el expediente si fuera una sentencia dada en un juicio.

§ 33. — DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS HIJOS NATURALES

La legitimación toca tan íntimamente á la organización de la familia, que la ley ha debido tomar grandes precauciones para que no se introduzcan en cualquier tiempo otros hijos que los reconocidos, atacando, por decirlo así, derechos, que si bien son una mera expectativa con relación á los bienes, son efectivos y reales en cuanto al parentesco y los derechos sucesorios entre los hermanos y demás parientes. Es sabido que los hijos naturales no tienen más parientes que sus padres (art. 365), y que no forman parte de la familia de los parientes legítimos; en cuanto á los derechos sucesorios, pero no con relación al matrimonio; por consiguiente los padres que se casaren por legítimar la prole, deberán reconocerlos en la partida de matrimonio ó dos meses después de celebrado. Si antes del matrimonio los hubieran reconocido ambos cónyuges, sea en la partida de nacimiento, ó en escritura pública ó en los libros del mismo registro, quedarán legitimados por el acto del matrimonio, aunque no se hiciera mención alguna; son legítimos entonces por el ministerio de la ley.

Pero debe tenerse presente que la legitimación por el subsiguiente matrimonio ó por rescripto del principio, que equivale entre nosotros por ley del Congreso, son las únicas que se aceptan para los hijos que tuviesen su domicilio de origen en la República Argentina; es decir, los que al nacer, tuvieran sus padres su domicilio en nuestro país; para los que al nacer fuera del país tuvieran su domicilio de origen fuera de la República, sólo se admitirán los modos de legitimación que admitieren las leyes de ese domicilio, arts. 312 y 313, Cód. Civil.

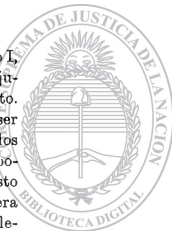
Los padres deben tener su domicilio en la República al tiempo de la celebración de su matrimonio, para que puedan acogerse



á los beneficios de la legitimación por subsiguiente matrimonio en cuanto á los padres que tengan ó hayan tenido su domicilio fuera de la República Argentina al tiempo de la celebración del matrimonio, aunque tengan ó hayan tenido su domicilio en ella al tiempo de la concepción ó del nacimiento de los hijos, sólo podrán legitimarlos según las leyes del país donde estaban domiciliados al tiempo de la celebración del matrimonio, art. 315, Cód. Civil; de modo que si en ese país no se admite la legitimación por el subsiguiente matrimonio, no podrán legitimar á sus hijos en la República Argentina, aunque se hubieren domiciliado en ella posteriormente. Así, pues, los encargados del Registro Civil, cuando se tratare de legitimación por subsiguiente matrimonio, deben hacer constar que los padres estaban domiciliados en la República en el momento de contraer su matrimonio, y que los hijos habidos antes del matrimonio han nacido en el extranjero, pero estando los padres domiciliados en la Argentina. Son, pues, condiciones esenciales para que el subsiguiente matrimonio y el reconocimiento produzcan la legitimación, el que los hijos hayan nacido cuando los padres estaban domiciliados en nuestro país, y el matrimonio se haya realizado teniendo el mismo domicilio.

Cuando el art. 317, Cód. Civil, dice: para que la legitimación tenga efecto, es necesario que los padres hayan de reconocerle antes, ó á la celebración del matrimonio, ó al inscribirse el nacimiento en los *registros parroquiales*, ó dos meses después de celebrado el matrimonio; debe entenderse que es un derecho de los padres que sólo pueden ejercerlo en los tiempos designados; pero no impide que los hijos en cualquier momento puedan intentar una acción de filiación para que los reconozca el padre y la madre. En efecto, los hijos durante su menor edad no pueden intentar acción alguna, máxime cuando según nuestras costumbres, las familias tienen á los niños impúberes ó púberes sin conocimiento de los Jueces ni del Defensor de Menores. Si suponemos que un matrimonio que ha dejado sin reconocer á un hijo habido antes por no arrojar una mancha sobre la vida de la mujer, esperando que el tiempo borre de la memoria esos hechos, y el niño se confunda con sus hermanos, de modo que la sociedad no distinga entre el que nació antes del matrimonio y los que nacieron dentro de él, ¿podría negársele al hijo en estas condi-





ciones que dedujera una acción de reconocimiento? En el tomo I, pág. 575, sostengo el perfecto derecho para hacerse reconocer judicialmente, obligando á los padres á este acto tardío, pero justo. ¿Quién se atrevería á decirle: Vd. ha perdido el derecho de ser reconocido, desde que no ha intentado la demanda dentro de los dos meses siguientes al matrimonio de sus padres? Pero á eso podría contestar el niño: si yo tenía meses ó un año cuando esto ocurrió, ¿cómo podía saber si me reconocieron? Y aunque fuera púber, si los padres quisieron ocultar el hecho, ¿cómo podría llegar á saber que su filiación ha sido desconocida? El hecho será por demás raro; pero conozco dos casos en que siendo los niños de pocos meses, y queriendo ocultar el hecho vergonzoso cometido, los padres callaron, y no hicieron reconocimiento alguno; apareciendo á los dos años con dos niños, comprendido el tenido antes. Así han crecido llevando el nombre de sus padres y salvando en apariencia el honor de la madre. Se dirá, en este caso, existe la posesión de estado; pero, esta prueba, que es de tanta fuerza cuando se trata de los hijos naturales, no tiene gran importancia para constituir la familia legítima. En efecto, el padre y la madre que pasan por casados en la sociedad, que procrean hijos y los presentan como legítimos reconociéndolos en las actas de nacimiento, y ante la sociedad, no pueden por su voluntad constituir una familia legítima; no son casados, y no hay voluntad que pueda borrar esa falta; la posesión de estado no puede crear la familia legítima, sin el matrimonio. Así, pues, persisto en creer que los hijos pueden demandar su legitimación en cualquier tiempo.

La ley del Registro Civil, nada dice respecto al reconocimiento de los hijos que han fallecido dejando descendientes, á quienes aprovecharía la legitimación; pero el art. 316 del Cód. Civil, los autoriza expresamente para demandarla, y podrá hacerse cuando los contrayentes consignaran la declaración; porque los herederos del legitimado entran en la familia legítima por derecho de representación.

Los reconocimientos que producirán la legitimación por el subsiguiente matrimonio serán: 1º, si en la partida de nacimiento el padre ó la madre lo han reconocido como hijo natural de ambos, entonces no necesitan de un nuevo reconocimiento;



2º, la hecha ante el Juez del lugar que puede ser el de Paz, si no hubiera en el partido un Juez superior, siempre que sea dentro del término de los dos meses indicados en el art. 317, de celebrado el matrimonio ó antes de celebrarlo, como se puede hacer; 3º, la practicada en escritura pública, antes del matrimonio, pero para producir efecto deben reconocerlo el padre y la madre al mismo tiempo; igual cosa sucederá cuando se ha celebrado el matrimonio, y estando dentro de los dos meses ambos cónyuges hacen el reconocimiento ante escribano público; 4º, el art. 318, habla del reconocimiento hecho ante el párroco y testigos del matrimonio, porque todavía no existía la ley de Matrimonio Civil, ni el Registro Civil, habiendo quedado reformado en esa parte, porque el reconocimiento debe hacerse ante el encargado del Registro Civil; pero los reconocimientos hechos antes quedarán válidos y harán fe en juicio.

Según la ley del Registro Civil, *la legitimación de hijos naturales se inscribirá* (en el Registro), *extendiéndose notas de referencia al margen del acta de reconocimiento y de la de matrimonio (art. 51)*, si el Registro estuviera en poder del encargado de llevarlo, cuando se hubiere pasado el libro correspondiente á la Oficina Central y al Archivo, se librará oficio á dichas oficinas, adjuntándoles copia testimoniada del acta de reconocimiento para que verifiquen las anotaciones correspondientes. Es entendido que cualquier omisión ó falta en los encargados del Registro, ó en los que tienen en su poder los libros donde se deben hacer las anotaciones que previene el artículo, en nada perjudicará la legitimación que se ha operado por el reconocimiento y el matrimonio posterior ó anterior. El encargado del Registro no será pasible de pena, cuando los que tienen en su poder los libros de los matrimonios y nacimientos no hicieren las anotaciones ordenadas por el artículo, si ha puesto en conocimiento el acta de reconocimiento.

Cuando se tratare del reconocimiento de hijos nacidos en el extranjero, donde estaban domiciliados sus padres, aunque por nuestro Código Civil no pueden legitimarse sino con arreglo á las leyes del país de su nacimiento, como el Oficial encargado del Registro no es el juez competente para decidir si se consideran ó no con derecho para legitimarse por el subsiguiente matrimonio,



no deberá negarse á levantar el acta de reconocimiento, aunque de los datos que se presentaren pudiera deducirse que las leyes del domicilio de origen no autorizaren la legitimación por el subsiguiente matrimonio.

El legislador ha debido facilitar, en cuanto no ataquen la moral y costumbres sociales, los medios para que se constituya y organice la familia legítima, cuidando únicamente de la nación Argentina y de los que habitan en ella. Es censurable ese abandono que con frecuencia se hace en el Código Civil de la soberanía argentina, facilitando la aplicación de la ley extranjera en nuestro territorio, aun cuando fuere contraria á la ley nacional. Se explica y comprende que en un país de inmigración, cuyo principal objetivo es poblar el inmenso y fértil territorio, que está desierto, esperando la labor fecunda del hombre; se explica, repetimos, que aceptemos la capacidad reconocida por la ley extranjera, y reputemos capaz al hombre que siéndolo por la de su domicilio, se traslada á la República, á fin de que no se retraiga de emigrar por el temor de perder su capacidad; pero no se comprende que cuando se trata de constituir la familia argentina, les privemos del beneficio que conceden nuestras leyes, sometién-dolos á las extranjeras.

Las disposiciones de nuestro Código Civil, que privan de la legitimación por el subsiguiente matrimonio, á los hijos nacidos en país extranjero donde se encontraren domiciliados sus padres, porque las leyes de su país no admitieran ese medio de legitimar la prole, es una disposición contraria á nuestros intereses y depresiva de nuestras costumbres y de nuestras leyes que organizan la familia argentina. ¿Por qué nos sometemos á la ley extranjera en este caso? ¿Qué nos importa que el niño haya nacido en el extranjero, donde sus padres estaban domiciliados; que éstos hayan contraído matrimonio en el extranjero, donde no se admitiera la legitimación por el subsiguiente matrimonio, si al venir á domiciliarse en nuestro territorio quieren acogerse á la ley argentina, para legitimar la familia? Para sostener la teoría contraria no se podría alegar derechos adquiridos por los demás parientes, porque no son tales, son meras expectativas que la ley puede alterar. Se comprende que reconociéramos el hecho consumado, que si la ley del domicilio los considerase legitimados,



nosotros los reconocieramos en ese carácter; pero no es justo, ni moral, desconocer el derecho que tienen para acogerse á la ley argentina y legitimar á sus hijos, con arreglo á las leyes á que están sometidos, desde el momento en que se han domiciliado.

En diversos lugares de esta obra hemos criticado esa facilidad con que la ley argentina se oculta como vergonzosa de su mandato, para dejar imperar á la extranjera. Puede ser muy adelantada semejante teoría; pero la soberanía de una nación es algo muy sagrado que no debemos permitir se viole, admitiendo que otras naciones vengan á legislar para nosotros. ¿Qué sucedería si, por ejemplo, la ley rusa no permitiera la legitimación por el subsiguiente matrimonio, y sí sólo la autorizada por el Czar? Los rusos que cambiaren su domicilio á la Argentina, habiendo tenido hijos naturales en su país, reconocidos por ambos cónyuges al celebrar el matrimonio, en la Argentina no podrían hacer el mismo reconocimiento y acogerse á nuestras leyes para legitimarlos. ¿Qué razón válida se podría alegar para esta suisión á la ley extranjera? Se diría acaso, si nosotros les concedemos la legitimación, la Rusia no los consideraría como legítimos respecto de los bienes situados en su territorio. Pero eso sería lo natural, nuestras leyes son dictadas para la Argentina, y sería una pretensión rara el querer que rijan en otra nación; en cambio para los bienes situados en nuestro territorio, los hijos serían considerados como legítimos.

Así, pues, la prescripción del **art. 52** del Registro Civil, que dice: *en los casos en que el Código Civil autoriza legitimaciones con arreglo á leyes extranjeras, la inscripción se hará levantándose una acta en que se inserte copia íntegra de los documentos debidamente autenticados que las acrediten*; esta disposición somete una de las materias más delicadas, como es la organización de la familia legítima, á las leyes extranjeras, obediendo incondicionalmente lo que esas leyes dispusieran sobre un asunto que afecta tan profundamente nuestra organización social. Los rusos, por ejemplo, que hubieren tenido hijos naturales en su país y se casaren allí, si suponemos que la legitimación no se verificase por el subsiguiente matrimonio, sino por un úkase del Czar, estaríamos obligados á rechazarla cuando esos individuos vinieran á la Argentina y se domiciliaran en ella, y aco-

giéndose á nuestras leyes quisieran legitimar á sus hijos, y no trepidáramos en dar valor á un úkase de un soberano absoluto, teniéndolo como una ley, y poniéndonos en la categoría de sus súbditos. No! Semejante teoría debe rechazarse con toda energía; la ley extranjera deberá ser reconocida entre nosotros, cuando favorezca al individuo que ha celebrado actos en su país, ó cuando se trate de dar validez á actos que según nuestras leyes fueran nulos, porque no podemos pretender extender la acción de nuestras leyes fuera de nuestro territorio, y debemos reconocer los hechos consumados. Esa es la teoría que ha prevalecido en la ley del Matrimonio Civil, en que no reconocemos ni aun los hechos consumados, cuando se trata de los impedimentos del art. 9, aunque según la ley extranjera el matrimonio fuera válido. No debemos dejar á la ley extranjera una facultad que puede herir en lo más vivo nuestra moralidad ó nuestras costumbres; por eso no admitimos el matrimonio entre hermanos, y rechazamos igualmente la poligamia. El turco que se trasladare con su serrallo á la República Argentina, aunque estuviera casado con cuatro ó cinco mujeres, la ley argentina no reconocería esos matrimonios, porque la monogamia está impuesta por nuestras leyes.



CAPITULO V

DE LOS MATRIMONIOS

§ 34.—SUPREMACÍA DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

La ley del Registro Civil ha sido derogada por la posterior de matrimonio, que ha determinado la forma como debe celebrarse; pero continúa rigiendo en todo lo que no fuese contraria; porque si bien determina las personas que deben concurrir al acto, las declaraciones que se deben hacer, y las palabras que pronunciará el encargado del registro, no descende á los detalles determinando la forma en que deben llevarse los libros donde conste el matrimonio.

Y aquí volvemos á hacer notar el error del Congreso, al dejar á las Provincias la facultad de dictar una ley general; porque corresponde al Código Civil el determinar la forma para hacer constar el nacimiento y la muerte del individuo, así como ha dispuesto respecto del matrimonio.

La ley civil toma al individuo desde su concepción para defenderlo contra los atentados que pueden cometerse contra su existencia en el seno materno, y por eso castiga el aborto; lo considera como una persona capaz para adquirir bienes por donación ó herencia y por eso le nombra en tales casos un curador que lo represente, cuya misión cesa una vez que haya nacido con vida, para comenzar la de la patria potestad de los padres. Si el individuo es sujeto del derecho civil desde su concepción, ese mismo derecho debe seguirlo en su desenvolvimiento, determinando la forma y modo como debe constar el nacimiento, desde que ese hecho tan importante lo hace formar parte de la sociedad





pues su aparición en el mundo engendra derechos que la ley está interesada en hacer constar. El ser racional, por su aparición en el mundo físico, es reconocido como sujeto activo y pasivo de derechos. La ley civil debe seguirlo en sus transformaciones, acompañándolo cuando llega á la pubertad, determinando la edad en que puede contraer matrimonio; es decir, cuando tiene capacidad para dar vida á otros seres, y para seguirlo hasta la tumba, en que desapareciendo de la actividad social va á incorporarse al mundo orgánico, para alimentar la vida universal en su perpetua transformación. ¿En qué puede alterarse, en este caso, la jurisdicción de las provincias, acordada por la Constitución, cuando legisla sobre materia civil, comercial, penal y de minas? Es un error que se corregirá en el porvenir, dictando un título sobre el Registro Civil, como se ha hecho con el matrimonio.

Al estudiar la ley del Registro Civil, lo haremos comparando la del matrimonio civil que está en vigencia, y á la que deben sujetarse los encargados del Registro.

§ 35.—DEL CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATANTES

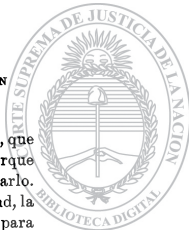
El matrimonio es un contrato civil, que merced á la costumbre y á las ideas religiosas reinantes, se substraía á su imperio, considerándolo como algo raro, por los fines que se le atribuía. La religión, que ejerce su dominio sobre la conciencia del creyente, no debe mezclarse en las relaciones de los esposos entre sí, cuando necesitan de la fuerza y poder de la autoridad civil, para dirimir las controversias entre los contratantes. El error de la Iglesia cristiana, y que sin duda la ha perjudicado en su apostolado de amor, de caridad y de piedad, ha sido el querer extender su poder á las relaciones exteriores de los seres sometidos á su dominio. Se ha olvidado la doctrina del fundador del cristianismo, cuando decía: «mi reino no es de este mundo», para indicar que él reinaba sobre los espíritus, sobre la conciencia del creyente, sin imponer penas corporales, y sin mezclarse con los bienes; dad al César lo que es del César, y á Dios lo que es de Dios; máxima elevada que aspira á dominar el alma del creyente. Hay mayor grandeza en una religión que abandona



al hombre para que obedezca á ley social, tomando por su parte la dirección de la conciencia, que en mezclarse inútilmente en los asuntos de intereses mundanos, de roce grosero y apasionado, donde se pierde la autoridad. Dirigir al hombre en lo que tiene de más noble y elevado, que es su espíritu; formar la conciencia y hacerlo bueno, honrado, justo, y caritativo; en una palabra, virtuoso, esa debe ser la alta misión de las religiones....

El contrato de matrimonio, es como cualquier otro, porque es una sociedad de trabajo, de sacrificios comunes, de goces compartidos, y si el hombre y la mujer son llevados á unirse, no en virtud del interés por los bienes, en ciertas naciones; si en el principio de la unión esos bienes parecen un objeto secundario, sin embargo, más tarde se muestra como un asunto de tan grande importancia, que sin él no se concibiría el matrimonio; si la unión de los dos sexos y la satisfacción de las pasiones que la naturaleza ha puesto en todos los seres para la conservación y perpetuación de la especie, es uno de los fines inmediatos del matrimonio; si la familia viene á ser la consecuencia de esa unión, esos resultados en nada deben alterar los objetos del contrato. En hora buena, que la religión intervenga para consagrar con sus ritos una unión que se ha realizado ante la ley civil, esa ceremonia satisfará al ser religioso, y la ley civil debe respetarla; es un acto del creyente que mira á la conciencia, donde sólo penetra la ley moral que juzga de la bondad de las acciones, pero la ley civil nada tiene que hacer. Son dos potestades que no se tocan, cada una ejerce su dominio en su fuero; la una en el exterior, cuando hay choque de derechos, la otra en el interior, cuando se trata de la creencia, de la conciencia y en nada ataca los derechos.

Considerado, pues, el matrimonio como contrato, por la ley civil, necesita del consentimiento de los contrayentes, manifestado ante el Oficial encargado del Registro Civil, expresándolo personalmente ó por medio de apoderado con poder bastante en que declare la mujer que toma por esposo á la persona con quien contrae el matrimonio, y el hombre que recibe por esposa á la mujer. El consentimiento debe ser manifestado libremente; es decir, que el dolo, la violencia, y el error sobre la persona física, vician el consentimiento y anulan el acto. En esta parte nos referimos á lo dicho en el tomo I, pág. 278.



§ 36. — DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS PARA LA CELEBRACIÓN
DEL MATRIMONIO

Nuestra ley civil, ha facilitado de tal modo el matrimonio, que ha quedado inútil el cap. V de la ley de matrimonio civil, porque la ley anterior exigía ciertas informaciones antes de celebrarlo. Y aunque nosotros hemos criticado en el tomo I, esa facilidad, la práctica ha demostrado que el legislador ha tenido razón para imponerla, porque deja á los padres de los contrayentes y á estos mismos el tiempo suficiente para hacer todos las averiguaciones del caso antes de celebrar el matrimonio.

Así, la ley exige únicamente á los que pretendan contraer matrimonio, que se presenten ante el Oficial público encargado del Registro Civil, y le manifiesten verbalmente su intención de contraerlo, en ese caso, éste levantará el acta que será firmada por el Oficial público, los contrayentes y dos testigos mayores de edad; si los esposos no supieren ó nó pudieren firmar, firmará á su ruego otra persona, art. 17, (l. m. c.)

El acta que levantará el Oficial público, deberá contener: el nombre y apellido de los que quieren contraer matrimonio; su edad, su nacionalidad y lugar de su nacimiento, su profesión, los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, profesión y domicilio, si antes han sido ó no casados, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución, art. 18 (l. m. c.)

Los futuros esposos deberán presentar en el mismo acto, copia, debidamente legalizada, de la sentencia ejecutoriada que hubiere declarado nulo el matrimonio anterior de uno ó de ambos futuros esposos en su caso; presentarán igualmente la declaración auténtica de las personas cuyo consentimiento fuera exigido por la ley, si no se presentaren personalmente en ese acto, ó la venia supletoria del Juez cuando proceda. Los padres, tutores ó curadores, que presten su consentimiento ante el Oficial público, firmarán el acta á que se refiere el art. 17, así como dos testigos mayores de edad que, por el conocimiento de las partes, declaren sobre la identidad y habilidad de las personas que desean contraer matrimonio, art. 19.



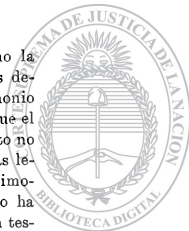
No hay, pues, en realidad, diligencia previa alguna que realizar para contraer matrimonio; circunstancia que pudiera ofrecer peligros, pero que están contrabalanceados por la facilidad que se ofrece para celebrar este contrato; es tal vez necesario hacerlo así, teniendo en cuenta la propagación del concubinato en nuestras campañas, sobre todo, por las dificultades y gastos que traía consigo el matrimonio.

§ 37. — DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Hemos dicho que el matrimonio se puede celebrar en el mismo acto, y sin diligencia previa, pues basta con que los contrayentes se presenten con los padres ó tutores y los testigos que declaren sobre la identidad y habilidad para celebrarlo, y expresen verbalmente ó por medio de apoderado, que quieren contraer matrimonio, para que el Oficial público encargado del Registro proceda á su celebración.

Así dice el art. 37, Ley de Matr. Civ.: el matrimonio debe celebrarse ante el Oficial público encargado del Registro Civil, en su Oficina, públicamente, compareciendo personalmente los futuros esposos ó sus apoderados en el caso previsto por el art. 15, en presencia de dos testigos, y con las formalidades prescritas por la ley. Si el matrimonio se celebrare fuera de la Oficina, lo que puede suceder cuando uno de los contrayentes tuviera alguna imposibilidad para asistir á la Oficina, en ese caso deberán concurrir cuatro testigos, en vez de dos, y declararán sobre la identidad de las personas y habilidad de los contrayentes, como se dijo en el art. 19.

Una vez que los futuros esposos han comparecido con los padres ó tutores, si hubiere alguno menor de edad, y los testigos, el Oficial público procederá á dar lectura, á los futuros esposos, de los arts. 50, 51 á 53 de la Ley de Matr. Civil, y recibirá de cada uno de ellos personalmente, uno después del otro, la declaración de que quieren, respectivamente, tomarse por marido y mujer, y declarará que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley, art. 39. En realidad el Oficial público y las personas que concurren al acto sólo tienen por objeto probar de un modo auténtico que esa voluntad de unirse en matrimonio



ha tenido lugar; que la ley, en realidad, no los une, sino la voluntad de los mismos contrayentes, como sucede en los demás contratos; por eso creo, que si en el acta de matrimonio se hubieren omitido, por descuido ó error, las palabras en que el Oficial público los declaró unidos en nombre de la ley, el acto no se anularía. Es necesario tener presente que en casi todas las legislaciones se ha sostenido que los contrayentes en el matrimonio eran los verdaderos ministros, y en el derecho canónico ha prevalecido esa doctrina, considerando al Párroco como á un testigo autorizado.

Para sostener la teoría contraria, seria necesario demostrar que las palabras pronunciadas por el Oficial público, tienen la virtud de unir á los contrayentes, cuando únicamente su presencia é intervención tiene por objeto probar que ambos esposos han manifestado la voluntad de unirse en matrimonio, y que se han tomado por marido y mujer. La ley civil no puede suponer, como lo hacen las religiones, que ella tenga el poder de atar y desatar; que ella forme el vínculo que une á los esposos, cuando es la voluntad de los contrayentes, como en todo contrato, la que los une, dentro de los límites que la ley permite esa unión.

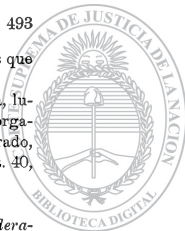
Y como la religión cristiana considera el matrimonio como un sacramento, en que el sacerdote debe intervenir consagrando la unión en nombre de Dios, la ley civil ha dejado á la conciencia del creyente que satisfaga esa necesidad del espíritu, y ha ordenado al Oficial público el no mezclarse en esas ceremonias; así, pues, los casados pueden hacer bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto, sin que el encargado del Registro pueda oponerse.

El acta del matrimonio, que debe levantar el Oficial encargado del Registro, contendrá:

1° La declaración de los contrayentes de diferente sexo, de que ambos se toman por marido y mujer, y la que el Oficial público debe hacer en ese acto, de que quedan unidos en nombre de la ley;

2° El reconocimiento que los contrayentes hicieron de los hijos naturales, si los tuvieron, que legitimen por su matrimonio;

3° El nombre, apellido, edad, estado de familia, profesión y



domicilio de los testigos del acto, si fuesen distintos de los que declaran sobre la habilidad de los contrayentes;

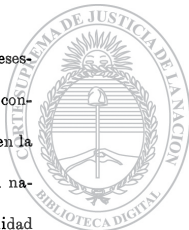
4º La mención del poder, con determinación de la fecha, lugar y escribano ú Oficial público ante quien se hubiese otorgado, en caso que el matrimonio se celebre por medio de apoderado, cuyo instrumento habilitante se archivará en la oficina (art. 40, ley de Matr. Civ.).

Se inscribirá en el libro de los matrimonios:

1º *Los que se celebren en la Capital y en los Territorios Federales*, dice el **art. 54** de la ley del Registro Civil; pero al presente, como la del Matrimonio Civil es posterior y rige para toda la República, se inscribirán en el Registro todos los celebrados en la Nación, en la respectiva jurisdicción; así es que ha quedado abrogada la disposición del art. 54, n° 2, que ordena la inscripción de los matrimonios celebrados fuera de la jurisdicción de la Capital ó Territorios Federales. Del mismo modo ha quedado derogada la disposición del inciso 3, en que se permite la inscripción de toda partida de matrimonio cuya inscripción se solicite, lo que sucedía cuando el matrimonio se celebraba ante los párrocos.

2º *Las sentencias ejecutoriadas en que se declare la nulidad del matrimonio ó se decrete el divorcio*, **art. 54**, n° 4; haciéndose las anotaciones correspondientes en la partida de matrimonio.

Hemos dicho que por la nueva ley de Matrimonio Civil se han suprimido las diligencias previas, porque puede realizarse inmediatamente; pero si ocurriese que los testigos presentados no certificasen debidamente sobre la identidad de las personas, ó sobre su habilidad para contraer el matrimonio, ó que en el acto de celebrarse se dedujese oposición, ó se hiciera denuncia respecto de alguno de los impedimentos del art. 9; en ese caso, el Oficial público estará obligado á suspender la celebración, hasta que se pruebe la habilidad, ó se rechace la oposición, ó se desestime la denuncia; pero como de estas circunstancias debe quedar constancia, el Oficial público levantará acta de todo esto, y dará copia á los interesados para que puedan ocurrir al Juez competente, art. 41, ley de Matr. Civ., á fin de obtener la celebración. El Oficial público no deberá celebrar el matrimonio



mientras no se le comunique la resolución firme de haber desestimado la oposición ó desechado la renuncia.

El acta de la celebración del matrimonio debe contener:

1° La fecha en que el acto tiene lugar, expresándola en la forma de las escrituras públicas;

2° El nombre, apellido, profesión, domicilio y lugar del nacimiento de los comparecientes;

3° El nombre y apellido, profesión, domicilio y nacionalidad de sus respectivos padres, si fueren conocidos;

4° El nombre y apellido del cónyuge premuerto, cuando alguno de los cónyuges ha sido ya casado, ó la sentencia firme que haya declarado disuelto ó nulo ese matrimonio, la fecha y lugar de la muerte del primer cónyuge;

5° Consentimiento de los padres, tutores ó curadores, ó el supletorio del juez, en los casos en que es requerido; de modo que el Oficial no podrá unir en matrimonio á los cónyuges, sin el consentimiento de los que los tienen en su poder, cuando alguno de ellos es menor de edad; pero si el Oficial público, por engaño, descuido ó cualquier otra circunstancia uniera en matrimonio á dos menores de edad púberes, sin consentimiento de sus padres ó tutores, el matrimonio sería válido;

6° La mención de si hubo ó no oposición, y de su rechazo, y en este caso la inscripción de la sentencia que hubiere desestimado la oposición;

7° La declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y la hecha por el Oficial público de que quedan unidos en nombre de la ley; y si bien la primera es esencial, porque es el consentimiento que los une en matrimonio, no lo es la segunda, aunque el Oficial público incurriría en grave responsabilidad si no la consignara;

8° El reconocimiento que los contrayentes hicieran de los hijos naturales, si los tuvieran, que legitimen por su matrimonio; teniendo presente que ese reconocimiento puede hacerse ante el Oficial público ó ante un escribano ó el juez del lugar, dentro de los dos meses de celebrado el matrimonio;

9° El nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio de los testigos, y si el matrimonio se contrajere en el mismo acto,



deben testificar sobre la identidad de las personas y habilidad para contraerlo;

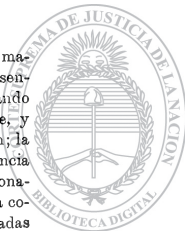
10° La mención del poder, con determinación de la fecha, lugar y escribano ú Oficial público ante quien se hubiese otorgado, en caso que el matrimonio se celebre por medio de apoderado, cuyo instrumento habilitante se archivará en la oficina; siendo responsable el Oficial público de cualquiera omisión; teniéndose en cuenta que la ley protege la unión y sólo anula el acto, cuando de las omisiones que contuviera no pudiese hacerse constar auténticamente la manifestación de la voluntad.

La ley ha buscado la simultaneidad en la celebración del matrimonio, no admitiendo interrupción alguna por un acto extraño; por eso ha ordenado que «el acta de matrimonio será redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervienen en él ó por otros á ruego de los que no pudieren ó no supieren hacerlo» (art. 43, Ley de Matrimonio Civil); pero tampoco ha penado con nulidad semejante infracción, teniendo presente las consecuencias que trae consigo la consumación del matrimonio, sobre todo para la mujer; así es que sería válida si la firmaran después.

La declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos es tan esencial, que sin ella el matrimonio no existiría, pues falta la expresión de la voluntad de unirse, y cuando se hiciera condicionalmente, ó sujeta á término, no se debería admitir, porque el acto no puede quedar en suspenso por la manifestación condicional de la voluntad, y si el Oficial público, faltando á su deber, celebrase el matrimonio, la condición no tendría valor alguno y se consideraría como no puesta, quedando válido el matrimonio.

Una vez celebrado el matrimonio, el Jefe de la Oficina del Registro Civil está obligado á entregar á los casados una copia legalizada del acta, en papel común y sin cobrar emolumento alguno; esa copia podrá servir de matriz en caso de pérdida ó destrucción de los registros mientras se encuentran en su oficina; porque una vez que se hayan remitido al Archivo y al Jefe de la Oficina Central, será casi imposible que desaparezcan de las dos oficinas.

Hay casos apremiantes en que el Oficial público está autori-

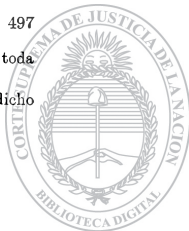


zado á suprimir ciertas formalidades para la celebraci3n del matrimonio, como sucedería en *artículo mortis*, en que se le presentara el certificado de un médico, ó de dos vecinos, atestiguando que uno de los c3nyuges se encuentra en peligro de muerte, y manifestasen que quieren legitimar hijos naturales. Más aun; la ley ha querido proteger la legitimaci3n y aquietar la conciencia del que se siente morir, pues ha autorizado á cualquier funcionario judicial para que celebre el matrimonio y levante el acta correspondiente, haciendo constar las circunstancias mencionadas en el art. 42, núms. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 y 10 de la Ley de Matrimonio Civil, y una vez verificado, remita dicha acta al Oficial encargado del Registro Civil para que la protocolice; en estos casos, deberá publicarse previamente el acta durante ocho días por medio de un aviso fijado en las puertas de la Oficina.

La ley del Registro Civil, ha sido derogada en la parte que se opusiera á lo dispuesto en el título del matrimonio. Así, pues, quedan suprimidos los arts. 54 á 62, porque el primero se ocupa de las inscripciones que deben hacerse en él, cuando no era obligatoria la comparecencia ante el encargado del Registro; ahora, todo matrimonio debe celebrarse ante él. El art. 55, queda igualmente sin valor, pues se refiere á la copia de la partida del matrimonio celebrado ante el Párroco, que debía presentarse al encargado del Registro para su inscripci3n; el art. 56, hace recaer en la mujer esa obligaci3n por muerte del marido, y queda también inútil; del mismo modo el art. 57, que impone á los ministros de cualquier religi3n, que celebren matrimonios en artículo de muerte, la obligaci3n de remitir las copias para su registro; ahora son los funcionarios públicos los que pueden verificarlo; el art. 58, habla del término en que debe hacerse la inscripci3n del matrimonio; el art. 59, impone la obligaci3n, á los Jueces civiles y eclesiásticos, de mandar copia de las sentencias de nulidad de los matrimonios; el art. 60, habla de la forma en que deben presentarse las partidas para ser inscriptas; el art. 61, de cómo se debe hacer la inscripci3n de las partidas presentadas, y el art. 62, determina cómo se hará la inscripci3n de las sentencias de divorcio ó de nulidad; así, pues, todos estos artículos quedan inútiles

y derogados por la ley de Matrimonio Civil, que rige para toda la República.

En cuanto á las demás formalidades, nos remitimos á lo dicho en el tomo 1º, sobre el matrimonio civil.



CAPÍTULO VI

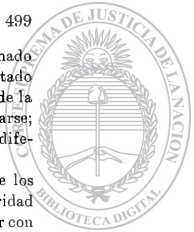
DE LAS DEFUNCIONES



§ 38. — DE LAS DEFUNCIONES QUE DEBEN INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO

La historia de nuestras instituciones, marca etapas brillantes, por las conquistas realizadas por los hombres dirigentes de nuestro país, fácilmente aceptadas por nuestro pueblo, que sin preocupaciones arraigadas se ha amoldado fácilmente á las nuevas leyes. La Iglesia cristiana, que ha salvado con sus conventos la civilización y los conocimientos humanos, que habrían desaparecido en aquella época de barbarie que inundó la Europa, reduciendo al hombre á una especie de bestia salvaje, que no reconocía más freno que la fuerza; esa Iglesia, donde se habían refugiado los restos de la civilización salvados del naufragio, tomó tal preponderancia, que olvidando su sagrada misión de dirigir las conciencias, abarcó en su dominio el gobierno político y el religioso, llegando en su poder hasta desligar á los súbditos de un Estado para con su soberano: los reyes estaban en las gradas del trono de los Papas! Esa Iglesia tomó al hombre desde su nacimiento, lo acompañó en su evolución uniéndolo á la mujer, para llevarlo al sepulcro en un lugar consagrado por ella, y de donde arrojaba á los que no se habían sometido á sus mandatos, en los últimos momentos de su vida. La Europa ha tenido que luchar durante siglos para arrancar paulatinamente ese poder, reduciendo á la Iglesia á su verdadera misión, que es la de dirigir el alma, formar la conciencia con arreglo á la creencia, abandonando un poder que no le correspondía.

La República Argentina ha dado también esas batallas; pero felizmente el pueblo no ha tomado parte activa en estas cues-



tionen; son las clases dirigentes é ilustradas las que han luchado y vencido: la secularización de los cementerios ha sido el resultado de esa primera etapa, hacia la independencia del Estado y de la Iglesia, que deben girar en órbitas concéntricas sin rozarse; porque ambas tienen un campo de acción completamente diferente.

La secularización de los cementerios pone en la mano de los poderes públicos, la facultad de vigilar por la higiene y seguridad de los gobernados, y deja á la religión, la misión de acompañar con sus preces al que acaba de morir, ó de negárselas cuando no ha solicitado el auxilio de la religión.

La sociedad debe enterrar á los muertos, y el poder público, cumpliendo con esta obligación, tiene el derecho de imponer las condiciones de higiene que se deben llenar, designando los lugares que juzgue más adecuados para este objeto; ella debe librar los permisos para que se efectúe la inhumación exigiendo se deje una prueba auténtica de la muerte, por los derechos que engendra ó se extinguen con el fallecimiento de la persona; la Iglesia, á su vez, puede consagrar ese lugar y acompañar con sus preces á los fieles que han desaparecido; pero ya no tiene el poder de rechazar de ese lugar á los que hayan muerto bajo otras creencias, ó sin ninguna. Esta reforma, como la del matrimonio civil, ha venido por grados; primero se ordenó á los encargados de los cementerios el que exigieran además del permiso del párroco, el de la Municipalidad; posteriormente se les exigió que no permitieran las inhumaciones sin la autorización de la Municipalidad, donde se debía justificar el fallecimiento por el certificado médico y dos testigos, y finalmente vino la ley del Registro Civil que arrancó de raíz ese poder que la Iglesia se atribuía, y separándola por completo, sólo exigió el permiso de la Municipalidad, una vez que se hubiere dejado constancia del fallecimiento ante el encargado del Registro Civil.

Es con este objeto que la ley establece cuáles son las defunciones que se deben anotar, y dice en el **art. 63**: *deben inscribirse en el libro de las defunciones*:

1º *Todas las que ocurran en la Capital y Territorios Nacionales*; haciendo notar que esta ley debía ser para toda la República, porque no se debe dejar á las Provincias la facultad de



estatuir sobre el modo de probar la defunción. Es un hecho tan importante que se liga con las diversas instituciones consagradas por el Código Civil, como la patria potestad, tutela, matrimonio, alimentos, representación, herencia, etc., que corresponde á la legislación sustantiva.

2° *Los que ocurran fuera de estas jurisdicciones, si las personas al tiempo de su muerte hubiesen tenido su domicilio en ellas;* de modo que los encargados del Registro Civil, tal como está organizado, podrán negarse á expedir el certificado, si el fallecimiento hubiere ocurrido fuera de la Capital Federal, y no se demostrase el domicilio en ella; pero en los casos raros que sucedieran, creo que los encargados del Registro no deben ser tan exigentes, con tanta más razón, cuanto que la Municipalidad del lugar donde haya ocurrido el fallecimiento, al permitir la traslación del cadáver á la Capital, admite que ese es el domicilio del fallecido. No hay inconveniente en que se facilite este cambio de inhumación; sin embargo, debía cumplirse con la ley, acostumbrándonos á obedecerla, aun en sus más pequeños detalles. Se deben inscribir igualmente en los casos del art. 79.

§ 39.—DE LOS QUE ESTÁN OBLIGADOS Á DECLARAR LA DEFUNCIÓN

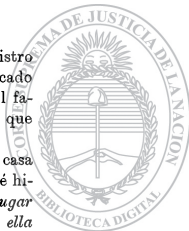
La obligación de declarar el fallecimiento de una persona, que es una carga pública, porque hace daño á la comunidad el que los cadáveres permanezcan insepultos, debía, no obstante, ser únicamente impuesta bajo las penas establecidas por la ley, á los que se encuentran ligados por vínculos estrechos, facultando á los demás para hacer la denuncia, en lugar de imponerles un deber que no están obligados á llenar. Así, creemos que la ley argentina ha ido más allá de su objeto, cuando ha impuesto la obligación de la denuncia á tantas personas, al decir en el **art. 64**: *el cónyuge sobreviviente, los descendientes del difunto, los ascendientes, el pariente más cercano y, en defecto de ellos, toda persona mayor de edad que hubiere presenciado una defunción, estarán obligados por el orden de su designación, de su sexo y de su edad, á declarar la muerte ante el Jefe de la Oficina de Registro por sí ó por medio de otro, dentro de las veinticuatro horas desde que ella hubiere tenido lugar*, á diferencia del art. 78 del Cód. Francés, que sólo exi-



gía la declaración de dos testigos, y si posible fuera pedía que fueran los dos más próximos parientes ó vecinos del fallecido. La falta de precisión en el artículo francés, y que los comentadores de aquel Código hacían notar, ha sido llevada hasta el exceso, imponiendo obligaciones bajo penas á personas extrañas, sólo por el hecho de haber presenciado la muerte. Tiene además el inconveniente nuestro artículo que, imponiendo un orden para que se haga la denuncia del fallecimiento, no habría razón para penar á los que están en el orden más lejano, por no haber cumplido los que están primero, pues deben suponer, con razón, que la mujer y los hijos del fallecido se habrán encargado de hacer esa declaración, como ordinariamente sucede. Así debemos suponer que la ley no ha querido imponer la obligación de la denuncia, sino en los casos de faltar la persona indicada por haber muerto ó encontrarse ausente; por ejemplo, si el fallecido tiene mujer en el lugar de su fallecimiento, á ella corresponde la denuncia y cesa la obligación de los demás; si no tuviere esposa viva ó presente, la obligación corresponde á los descendientes mayores, porque los menores no pueden ser penados; si carece de éstos, la obligación corresponde á los ascendientes, y así sucesivamente hasta llegar á los extraños que han presenciado el fallecimiento.

No corresponde á la ley del Registro Civil, el establecer el plazo dentro del que debe hacerse la inhumación, porque son las Ordenanzas Municipales las que determinan el término mínimo y el máximo; sin embargo, habría sido conveniente incorporar ese plazo en el Código Civil. El artículo sólo habla del término en que debe hacerse la declaración del fallecimiento. Convendría agregar un artículo semejante al art. 77, Cód. Francés, que dice: «ninguna inhumación se hará sin una autorización, sobre papel común y sin gastos, del Oficial del estado civil que no podrá entregarla sino después de haber ido á donde se encuentra la persona fallecida para asegurarse de la muerte, y que veinticuatro horas después de la muerte se practique la inhumación, fuera de los casos previstos por los reglamentos de policía». Una disposición semejante aseguraría la autenticidad del certificado, por lo menos respecto del hecho de la muerte, dejando á los testigos la responsabilidad en cuanto á la identidad de la persona.

Entre nosotros, el permiso de la inhumación lo libra la Mu-



nicipalidad en presencia del certificado del Jefe del Registro Civil, quien para expedirlo necesita se le presente el certificado del médico que hubiere asistido en la última enfermedad del fallecido, ó de otro que se llame al efecto, y de dos testigos que declaren sobre la identidad.

La ley supone que el fallecimiento ha tenido lugar en la casa que habitaba el que ha muerto, y por eso obliga á su mujer é hijos á hacer la denuncia; pero *cuando el fallecimiento tuviere lugar en otra casa que la del difunto, incumbe además al dueño de ella la obligación impuesta por el artículo anterior (art. 65)*. Este artículo ha sido tomado de la última parte del art. 78 del Cód. Francés, que no exige la declaración á las personas mayores de edad que hubieren presenciado la defunción, como lo hace nuestro art. 64. Lo juzgo sobreabundante, porque si cualquier individuo que hubiere presenciado la defunción está obligado á denunciarla, es claro que en esa disposición general está comprendida la especial, cuando el fallecimiento hubiere tenido lugar en casa de otra persona. Se entiende que la obligación debe ser en los casos que el dueño de casa estuviera presente, y que no será pasible de pena en los de ausencia.

¿Cómo debe hacerse la declaración del fallecimiento? La ley nada dice, aunque la costumbre es hacerla por escrito para que exista constancia de la denuncia y se salve la responsabilidad del Oficial público. El proyecto del Dr. Varela determinaba, en el art. 49, que podía hacerse verbalmente ó por escrito; pero debe desecharse la denuncia verbal, porque no queda constancia en parte alguna que se haya hecho, y porque el certificado expedido por el encargado del Registro, debe basarse en algo escrito. Las razones que autorizan la denuncia verbal son de una sensiblería que la ley no debe tener en cuenta; no hay crueldad, ni falta de respeto por la desgracia ajena, el exigir á los deudos desgraciados, que han perdido y lloran á un ser querido, el que vayan á declarar ante el encargado del Registro sobre la muerte ó identidad de la persona; por el contrario, hay tal importancia en ese acto, que hace desaparecer una persona del mundo de los vivos, que todos deben interesarse en rodearlo de las garantías suficientes para que quede demostrado el hecho.

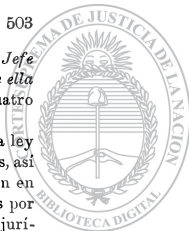
Si la defunción ocurriese en conventos, hospicios, cuarteles, hos-

pitales, cárceles ú otros establecimientos públicos, el Superior, Jefe ó Administrador, estarán obligados á hacer la declaración de ella en el término legal, (art. 66); es decir, dentro de las veinticuatro horas del fallecimiento.

Al examinar este artículo ocurre la duda sobre si esta ley comprenderá á los Colegios nacionales que tuvieran internos, así como á los establecimientos de enseñanza que se encontraran en esas condiciones, ó á los establecimientos de caridad, fundados por las damas, sin estar reconocidos en su carácter de persona jurídica. El artículo habla de cuarteles, cárceles, hospitales ú otros establecimientos públicos, indicando de ese modo que son los que los poderes públicos mantienen bajo su dirección, y se hallaren bajo la dependencia de la administración general; por consiguiente, no deben comprenderse los particulares, sostenidos por asociaciones de caridad, que no han sido autorizados por el Gobierno, ni tienen el carácter de personas jurídicas.

Los establecimientos públicos, á cargo de la nación ó de la municipalidad, llevan sus libros de defunciones para hacer constar ante los superiores, la desaparición de los individuos entrados al establecimiento; pero como esos asientos no son levantados por un Oficial público, la ley no puede atribuirles valor para probar el hecho; por esa razón estarán obligados á hacer la denuncia ante el Oficial público; y ha debido imponérseles la obligación de presentar el certificado médico, así como los testigos que justifiquen la identidad del fallecido; porque se trata de establecimientos donde generalmente no penetran los extraños á la casa. En cuanto á los colegios particulares, se encuentran en la misma situación que las casas de pensiones, hôteles, etc., y quedan sujetos los dueños de ellas á las obligaciones impuestas á los particulares.

Viene una cuestión de suma importancia: es la de saber si el encargado del Registro debe especificar en el acta de defunción el lugar donde ha ocurrido la muerte, cuando fuera en un hospicio ó en una cárcel, ó si fué ejecutado. El art. 85, Cód. Napoleón, y algunos que lo han seguido, se oponen á que se indique el lugar donde ha ocurrido el fallecimiento, y así lo proponía el Dr. Varela, en el art. 57 de su proyecto para la Provincia de Buenos Aires; pero fué rechazado en parte, admitiendo única-





mente la excepción, cuando la muerte fuera el resultado de una ejecución capital, en que no se debía hacer constar esa circunstancia, para no obligar á sus descendientes á llevar, en un documento necesario, una mancha que pesa sobre la memoria de sus ascendientes, y que la sociedad no olvida fácilmente. La antigua preocupación, que hacía recaer sobre los descendientes, hasta la séptima generación, la infamia de los padres, ha venido á confirmarse, en parte, con la teoría de la herencia, que demuestra como se heredan las malas como las buenas condiciones. No es, pues, una preocupación sin fundamento, la que hacía recaer sobre los hijos las faltas de los padres; la injusticia estaba en hacerlos responsables de faltas que no habían cometido; pero la sociedad moderna, al combatir esa preocupación, no ha ido, en su espíritu de caridad, hasta borrar la mancha que pesa sobre el ascendiente para que el descendiente se presente limpio de toda impureza, engañándose y engañando á los que son víctimas de esa herencia, que se trasmite tanto en lo físico como en lo moral. Si tiene lástima á los hijos, y oculta á los venideros que el padre ha muerto en un manicomio ó en una cárcel, ó ha sido ejecutado por delitos cometidos contra la sociedad, ¿por qué no se compadece también del que viene á formar una familia con uno de esos descendientes, que llevan el germen de una enfermedad ó de vicios que, si no se transmiten en sus responsabilidades, están destinados á aparecer más tarde en su prole? La preocupación que se debe combatir, es la de hacer responsables á los hijos de las faltas de sus padres; pero no hay preocupación en el justo temor que se debe abrigar de casarse con la hija de un criminal ajusticiado, ó de un loco. Cuando estudiemos el art. 68 examinaremos esa excepción. Por el momento debemos decir, que según el artículo que examinamos, en el acta del fallecimiento ocurrido en conventos, manicomios, etc., debe hacerse constar el lugar en que ha ocurrido; porque el art. 74 dice expresamente, que la inscripción del fallecimiento debe contener: 3º, la enfermedad ó causa que haya producido la muerte; 4º, *el lugar*, día y hora en que ocurrió. Así, pues, el acta de defunción expresará que ha tenido lugar en tal convento ó asilo, exceptuándose los casos de muerte en las cárceles ó por ejecuciones, expresamente legisladas por el art. 75; doctrina que combatiremos en oportunidad.



Es tal la importancia que tiene el fallecimiento de un individuo, y la sociedad está tan interesada en hacer constar de un modo auténtico la desaparición de esa persona, por los derechos que se extinguen con ella, y por los que están destinados á transmitirse á los demás que la representan, que ha impuesto la obligación de declarar el fallecimiento á todo individuo que encontrase un cadáver abandonado; pero en este caso la denuncia se limita única y exclusivamente á denunciar la existencia del cadáver; así, dice el **art. 67**: *igual obligación* (habla de la denuncia), *tendrá toda persona que encuentre un cadáver abandonado, oculto ó en lugares públicos*. En estos casos el Oficial encargado del Registro deberá dar cuenta á la administración Municipal ó Policial para que dicten las medidas necesarias á fin de averiguar el nombre, edad é identidad de la persona, y una vez que se encuentre determinada, levantará el acta de defunción con arreglo al **art. 74**, dejando constancia en los registros de las investigaciones que se hayan hecho.

§ 40. — DEL FALLECIMIENTO EN PRISIONES Ó CÁRCELES Ó POR
EJECUCIÓN DE PENA CAPITAL

Cuando se trata de la ejecución de una sentencia en que se condena á la pena capital á un individuo, ¿quién debe hacer la declaración de la muerte? El Dr. Varela proponía en su proyecto recordado, para la provincia de Buenos Aires, que fuera el juez encargado de la ejecución de la sentencia, el que debiera hacer la declaración. El Cód. Napoleón, en los arts. 84 y 85, no expresa quién deba hacerla; pero teniendo en cuenta que el juez no es el que verdaderamente ejecuta su sentencia; que ésta se comunica al P. E. Nacional ó Provincial, según el caso, para que por medio de la fuerza pública de que dispone la haga ejecutar, nuestra ley ha salvado la dificultad, diciendo en el **art. 68**: *el funcionario encargado del cumplimiento de una sentencia de muerte, hará la declaración ordenada, remitiendo al Jefe del Registro copia del acta de la ejecución, con las designaciones, en cuanto sea posible, exigidas por esta ley, para extender la partida de defunción*; pero ha olvidado de imponer al Oficial público la obligación de transportarse al lugar donde se encuentra el ejecutado y asegurarse



de que la muerte ha tenido lugar, como lo hace el Cód. Francés, y lo requiere la naturaleza de las funciones que desempeña. No obstante esto, queda en pie la duda, sobre quién debe hacer la declaración de la muerte y enviar copia del acta de ejecución. ¿Es el jefe militar que manda la ejecución, y á quien el Gobierno ha ordenado el cumplimiento de la sentencia? ¿Es el escribano que no ejecuta la sentencia, pero que está obligado á levantar el acta de la ejecución, dando fe de que se ha llevado á cabo? Según el artículo, el funcionario encargado de la ejecución de la sentencia de muerte es el que debe hacer la declaración, y como es el militar que manda la fuerza armada, él debería hacerla; pero como no levanta el acta de la ejecución, sino el escribano ó secretario del juzgado, y no dispone, por consiguiente, de ese documento, debió obligarse al que da fe de la ejecución, á dar una copia para ser remitida al Jefe del Registro Civil, en los términos del artículo, ó por lo menos al juez de la causa donde se encuentra el acta. Tal como está redactado el artículo, se encontrará siempre con esta dificultad: que el funcionario que ejecuta la sentencia, no es el que levanta el acta de la ejecución, y no podrá cumplir, sino en parte, con el mandato de la ley. Cuando ésta se revise, convendría dividir la obligación, ordenando al jefe que ejecuta la sentencia que comunique la ejecución al encargado del Registro Civil, y el juez ó secretario remita una copia autorizada del acta en que conste la ejecución. Debe igualmente ordenarse al Jefe del Registro que se transporte al lugar donde se encuentra el cadáver, y certifique la muerte, como lo ordena el art. 85 del Cód. Francés.

El art. 83, Cód. Francés, dice: «los secretarios de lo criminal estarán obligados á enviar en las veinticuatro horas de la ejecución de la sentencia que condenare á la pena de muerte, al Oficial del estado civil del lugar donde el condenado haya sido ejecutado, todos los antecedentes enunciados en el art. 79, y según ellos se levantará el acta de defunción»; una disposición semejante debía registrar nuestra ley; porque el artículo que estudiamos es vago y ofrece dificultades.

Pero viene esta otra cuestión. ¿Cómo debe levantarse el acta? ¿Necesita que concurren los dos testigos del art. 14, ó basta que se refiera al acta que se agrega? ¿Deberá copiarse el acta? En



cuanto á la primera cuestión, la presencia de los dos testigos es necesaria, porque si bien el artículo nada dice al respecto, deben levantarse con esa formalidad. ¿Para qué repetirla en cada caso? Es, como dicen Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, n° 921, aunque la declaración sea hecha por un funcionario, no conserva menos su utilidad, en cuanto á la vigilancia á que somete al Oficial del Registro Civil, en el cumplimiento de su misión; así también piensa Demolombe, I, 307, y Demante, I, 110, *bis*. I, y 114, *bis*.

Viene ahora la cuestión importante de saber, si conviene ó no á la sociedad el ocultar la causa de la muerte, cuando proviene de una ejecución capital. Nuestra ley de Registro Civil, se ha decidido por la doctrina francesa, que aconsejaba también el Dr. Varela, en su recordado proyecto; así ha dicho en el **art. 75**: *si la muerte hubiera tenido lugar en prisiones ó cárceles, ó por ejecución de pena capital, no se harán constar estas circunstancias en la partida de defunción*, disposición tomada del art. 85, Cód. Napoleón, que dice: «*en todos los casos de muerte violenta, ó en las prisiones y casas de reclusión, ó por ejecución, no se hará mención en los registros de estas circunstancias, y las actas serán levantadas simplemente en las formas prescriptas en el art. 79*»; quedando comprendido todo caso de muerte violenta, asesinato, duelo, pelea, etc., que dé por resultado la muerte del individuo, en que no se haría constar en el registro. Así, el Cód. Francés, es más extenso y comprende todos los casos, mientras el nuestro limita á los fallecimientos que hubieren tenido lugar en las prisiones ó cárceles.

Demolombe, I, 505, defendiendo el principio que consagra el art. 85, se pregunta, si el acta del fallecimiento tiene por objeto probar el género de muerte, ó si está destinado á esta prueba. «Sabemos, dice, que al contrario, está destinado á probar el hecho de la muerte y de la individualidad de la persona, pues todas esas circunstancias son extrañas al objeto del acto». No estoy de acuerdo con el notable jurisconsulto, porque la sociedad está interesada en dejar constancia, no sólo de la desaparición del individuo, sino también de la causa que ha producido la muerte. ¿Por qué privar de ese medio natural de investigación, cuando se quiere constituir una familia? Qué, ¿no interesa acaso á la sociedad sa-



ber si el individuo ha fallecido en un manicomio ó en una cárcel? ¿Y la herencia?

La ley ha querido borrar las preocupaciones que en las antiguas sociedades existían, castigando en los hijos y descendientes las faltas de sus padres. Si era bárbaro é injusto extender la pena al inocente, es muy peligroso dejar á la sociedad desarmada contra los descendientes que han heredado de sus padres las condiciones físicas, y aun las intelectuales y morales de sus ascendientes degenerados, locos, epilépticos, etc.

Se dice: las enfermedades no se transmiten á los descendientes, lo único que va en la sangre es la predisposición; pero es casi lo mismo. Un tísico, un sifilítico, producirán seres semejantes. ¿Por qué un asesino ó un loco, no producirían hijos, sobre los que haya temor de ligarse para formar una familia? La sociedad está interesada en saber si el individuo muerto ha sido un criminal, no con el objeto de avergonzar á sus hijos, ni de castigarlos por faltas que no han cometido; no por una mera curiosidad, sino para resguardarse de sus hijos, que pueden haber heredado de sus padres condiciones semejantes. Es muy importante para la perfección de la raza humana, el averiguar el origen de los antepasados de un hombre que quiere formar una familia, y el título de nobleza que las sociedades europeas acuerdan y han concedido antiguamente, es un certificado de elevada conducta, de educación distinguida y del origen de la persona.

Cuando las leyes antiguas extendían la infamia de un delito hasta la séptima generación, castigando á los inocentes, se fundaban, sin duda, en la ley de la herencia, entonces desconocida científicamente, pero observada en la transmisión de las mismas tendencias en la familia del infame; y también en que, al cometer un delito, el hombre tendría presente que infamaba con él á sus descendientes. Esto no es abogar porque se impongan esas leyes, que no consultan nuestra avanzada civilización; no seguramente; lo que pretendemos no es la infamia de los hijos, que la sociedad ya no castiga al que no ha cometido el crimen; pero que conste en todo caso de lo que ha muerto el penado, para que esa desaparición arroje luz sobre los antecesores del que va á formar una nueva familia.

La Constitución Nacional ha abolido para siempre las penas



infamantes; pero no ha podido, ni ha querido abolir la ley de la herencia; y si se debe tener conmiseración con los inocentes que son descendientes del culpable, no debe dejar desarmada á la sociedad, que tiene derecho para saber de qué ha fallecido el padre ó madre del que se quiere casar, ó de la que intenta formar un nuevo hogar. La preocupación social puede ser injusta en muchos casos, porque de padres perversos, criminales ó locos, salen buenos hijos; pero como ese sentimiento social de repulsión para unirse con semejantes descendientes, está fundado en leyes científicas, es necesario que cada uno sepa á lo que se expone.

No es exacto que la sociedad «sólo tenga interés en hacer constar la muerte ó desaparición de un individuo; que lo esencial para ella sea consignar de una manera auténtica el *hecho* de la muerte; que en cuanto al género de ésta le sea perfectamente indiferente, porque no se trata de recoger datos para el elogio ó censura del muerto, ni mucho menos, hay derecho para afligir á las familias», como lo afirma el Dr. Varela. La sociedad no es indiferente á la clase de muerte, y por eso exige generalmente se exprese en la partida la enfermedad ó causa que la haya producido, art. 74, n° 3; pues aunque se ha demostrado que las enfermedades no se transmiten de padres á hijos, sino en los rarísimos casos de la concepción, cuando ha sido procreado el hijo teniendo el padre ó la madre ciertas enfermedades en un estado de virulencia tal que se transmiten al feto; sin embargo, es de importancia saber la causa de la muerte, para prevenirse contra la ley de la herencia.

Es cierto que nuestro artículo es más adelantado que el art. 85 del Cód. Napoleón, porque ha cambiado la expresión de, *en caso de muerte violenta*, que usa dicho artículo, por la de: «si la muerte hubiere tenido lugar en prisiones ó cárceles, ó por ejecución de pena capital», suprimiendo así todos los demás casos en que la muerte hubiere sido violenta, y contrayéndose únicamente á impedir se enuncien las causas que pueden traer la vergüenza para la familia, y expresando las otras que en nada influyen, como sucedería en la muerte ocasionada por una caída, por un terremoto, naufragio ó incendio; pero la disposición de nuestro artículo, siendo más adelantada que la del Cód. Francés, que tiene un siglo de existencia, no responde aun á nuestra avanzada civilización.

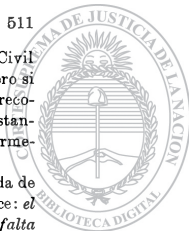


La sociedad actual mira con benevolencia y conmiseración á los hijos de los ajusticiados ó de los criminales muertos en una prisión, no los castiga ni les impone la vergüenza, es cierto; pero tiene razón para querer conocerlos, y que no se pierdan en la vorágine de la actividad humana, pues pueden llevar en sí un elemento de perturbación; así como le interesa vivamente saber que el padre ha muerto loco ó de epilepsia cuando deja familia, también tiene derecho para que el Registro Civil le diga si el padre ha sido ajusticiado ó ha fallecido en una cárcel. Por estas razones, creo que el art. 75 no responde á las necesidades de la época, y debe suprimirse.

§ 41.—FORMALIDADES QUE DEBEN PRECEDER Á LA INSCRIPCIÓN

En comprobación de lo que dejamos expuesto en el párrafo anterior, de que la sociedad tiene interés de averiguar la causa que ha producido la muerte, es que vienen los artículos que vamos á estudiar en seguida.

Si fuera cierto que la sociedad sólo está interesada en probar de un modo auténtico *el hecho* de la muerte, como equivocadamente se afirma, sin que le importe saber la causa que la produjo; si fuera cierto que esa causa no tiene importancia, no exigiría como lo hace el **art. 69**, que: *ademas de las formalidades exigidas por esta ley para extender la partida de defunción, será necesario el informe médico, si hubiese facultativos en el lugar*; porque si la sociedad está verdaderamente interesada en castigar á los culpables, cuando la defunción hubiera tenido por causa un delito, eso corresponde á la justicia, y el Registro Civil nada tiene que ver; pero como lo demostramos en el párrafo anterior, el Registro debe contener todas las circunstancias que han ocasionado la muerte, pues importa mucho dejar constancia de esos accidentes. En este sentido el artículo es incompleto; porque no prevé el caso frecuente, sobre todo en los Territorios Nacionales, de que no haya facultativo en el lugar. ¿Y cómo debe hacerse la inscripción entonces? El proyecto del Dr. Varela, proponía en el art. 51, que la certificación se hiciera por dos vecinos, mayores de edad, uno de los cuales puede ser aquel que tiene obligación de dar parte del fallecimiento; lo que me parece acer-



tado, y aunque la ley guarde silencio, los Jefes del Registro Civil deben pedir se llene ese requisito en cuanto sea posible; pero si no pudiera tener lugar, ni se encontrara médico alguno que reconociera el cadáver, deberán levantar la partida dejando constancia de la imposibilidad en que se encuentra de saber la enfermedad que ha producido la muerte.

En la Capital Federal, no se podrá inscribir la partida de defunción sin el certificado médico; por eso el **art. 70**, dice: *el facultativo que hubiese asistido en la última enfermedad, y á falta de él, cualquiera otro que se llame al efecto, estará obligado á examinar el cadáver y expedir el certificado á que se refiere el artículo anterior*; pero como los médicos se negarán generalmente á concurrir al llamado de los vecinos ó parientes del fallecido, y el cadáver permanecerá insepulto, con perjuicio de la salud pública, la ley ha debido imponer ese deber á ciertos médicos, empleados en el servicio público, como los de la Asistencia Pública, ó de la Policía, á fin de que no se demore la inhumación.

En la Capital, creo que los médicos de Policía tienen esa obligación, impuesta por las disposiciones administrativas; pero debía estar consignada en la ley. Y de esta deficiencia, podría nacer la duda siguiente: ¿incurrirá en pena el médico que llamado para examinar un cadáver y extender el certificado de defunción, se negare á hacerlo? Mi opinión es afirmativa, porque el art. 92 es terminante, al decir: toda persona, que sin cometer delito contravenga á la presente ley, ya haciendo lo que ella prohíbe, *ya omitiendo lo que ordena...*, será castigada según la gravedad del caso: y como es evidente la obligación impuesta de concurrir al llamado para certificar el fallecimiento, sino lo hace habría incurrido en pena.

La Ordenanza municipal, en su art. 16, manda: «que se inscriban en el libro de defunciones las que tengan lugar en la Capital y fuera de ella, si las personas al tiempo de su muerte tuviesen su domicilio en el Municipio», aunque accidentalmente hubieran fallecido en otro lugar, de donde pueden ser traídos los cadáveres para ser inhumados en la Capital.

Esa misma ordenanza manda á «las Oficinas de Sección, que den cuenta á la Central, de las defunciones que sean manifestadas después del término legal, y de los facultativos que se nieguen á



expedir los certificados que les fuesen pedidos, y ordena se remitan á la misma Oficina los mismos papeles y demás objetos encontrados en los cadáveres abandonados, ó cuya identidad no se haya justificado», entendiendo que los médicos á quienes se pida un certificado de defunción, están obligados á expedirlo.

Cuando se revise esta ley, incorporándola al Código Civil, donde debe figurar, porque corresponde á la legislación substantiva, se deberá imponer la obligación de dar el certificado á los médicos empleados en la administración, proveyendo el caso en que el fallecimiento ocurriese en los Territorios Nacionales, por ahora desiertos, donde no se encuentra médicos; para que dos vecinos ó parientes del fallecido hagan la declaración, en cuyo caso se puede omitir la causa de la muerte, si ésta fuere de una enfermedad que no conocieran los que lo rodean.

El médico, al expedir *el certificado expresará, en cuanto sea posible, el nombre y domicilio del difunto, la causa inmediata de la muerte y el día y hora en que tuvo lugar, debiendo el facultativo expresar si estas circunstancias le constan por conocimiento propio, ó por informes de tercero (art. 71)*; debiendo tener presente que la determinación del día y hora es de capital importancia, por los derechos que puede hacer nacer ó extinguir. El que ha sobrevivido un momento á la muerte de otro á quien debía suceder, ha adquirido los derechos del fallecido primero, y los trasmite á sus propios herederos; así, por ejemplo, si suponemos fallecido á B, dejando un pariente A, dentro del 4º grado, y C, dentro del 5º grado; si A sobrevivió un instante á B, excluye por completo á C, y lo hereda su cónyuge, que viene á ser completamente extraña, porque no tiene parentesco consanguíneo con C; si por el contrario, A falleciere un momento antes, C, recogería toda la herencia. Así, hemos visto entre nosotros pasar una gran herencia á poder de los parientes de la mujer que había heredado á su marido, y recogerla al poco tiempo los padres de ésta, que no habrían tenido parte alguna, excluyendo así á los parientes más próximos del marido. Nuestra incompleta ley de sucesiones autoriza estos azares de la suerte, y coloca á los parientes del fallecido en una posición en que vienen á ser desalojados por un acontecimiento extraño. Las leyes no deben dejar los derechos al azar de los acontecimientos, en cualquier circunstancia de la vida,

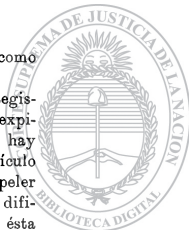


deben transmitirse uniformemente. El legislador argentino, que interpreta la voluntad del fallecido, cuando no la ha manifestado en un testamento válido, ha debido dividir la herencia entre el cónyuge y los hijos del fallecido, así como entre los padres y hermanos, buscando distribuir la fortuna en diversas manos, teniendo en cuenta el afecto, que debe suponerse en el fallecido, para todas esas personas, haciendo las diferencias razonables; de ese modo se cumpliría con la equitativa distribución de la riqueza, impidiendo la acumulación de la fortuna, que tantos males causa en Europa, por la gran desigualdad que lleva consigo.

Así, pues, el día y hora en que el fallecimiento tiene lugar, debe tratar de fijarlo con precisión el Oficial público, acumulando todas las pruebas que la ley exige; se hará constar en el certificado médico, si el facultativo ha estado presente, así como los testigos que han asistido al fallecimiento; si el médico no hubiere estado presente, se expresará en el certificado la hora de la muerte, refiriéndose á los informes que se le hayan dado en la familia, ó por los que han estado presentes.

Cuando el individuo hubiera fallecido sin asistencia médica, el facultativo llamado á dar el certificado tratará de precisar la enfermedad que ha ocasionado la muerte, y en caso no pudiera hacerlo, por ser difícil el diagnóstico, bastará con que exprese su opinión. En la Capital Federal, son los médicos de Policía los que expiden el certificado, y si encuentran presunciones de un delito, proceden á la autopsia, dando cuenta previamente á la autoridad correspondiente, quien la ordena, y sigue la investigación.

El certificado del médico es de absoluta necesidad para inhumar el cadáver; en la Capital Federal, no se levantará el acta en el Registro sin que se haya acompañado ese certificado; por eso dice el **art. 72**: *el certificado deberá ser presentado al Jefe de la Oficina por las personas ó autoridades obligadas á declarar la muerte, y aun podrá ser exigido de oficio á los facultativos, si aquellas no pudiesen obtenerlo, ó se tratase de cadáveres abandonados*; porque las autoridades no deben permitir la inhumación, sin antes asegurarse que no hay sospechas de delito en la muerte; por esa razón debía comprenderse en la ley la obligación de hacer



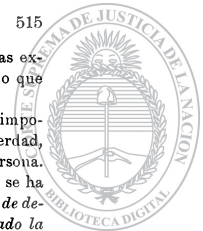
constar la causa de la muerte por un funcionario público, como son los médicos de Policía ó de la Asistencia Pública.

El artículo parece poner en la mano de los Jefes del Registro Civil, la facultad para compeler á los médicos para que expidan el certificado de defunción, y así debía suceder, porque hay peligro en ocurrir al Juez para que dicte la orden; pero el artículo no es claro en esta parte, pues no indica quién podrá compeler de oficio á los facultativos. En la Capital Federal no habrá dificultades, porque los interesados dan parte á la Policía, y ésta manda á uno de los médicos de Sección, quien expide el certificado; pero en los Territorios Nacionales, esto será más difícil, tratándose, sobre todo, de individuos fallecidos á enormes distancias donde no hay recursos, y aun se ignora el nombre del fallecido.

§ 42. — CÓMO DEBE EXTENDERSE LA PARTIDA DE DEFUNCIÓN

Ocurrido el fallecimiento de una persona, el procedimiento ordinario en la Capital Federal, es el siguiente: los interesados, munidos con el certificado médico de la defunción, se presentan con dos testigos, uno de los que hace la declaración ante el Oficial del Registro Civil, y éste, sin estar obligado á concurrir al lugar donde ha tenido lugar el fallecimiento, para asegurarse de la muerte, levanta el acta correspondiente, y expide el certificado para que la Municipalidad ordene la inhumación. Como se comprenderá, el acta del Registro Civil es un instrumento público, labrado por el Oficial público, sin haber visto el hecho que certifica; es como si un escribano formulase una escritura sin la concurrencia de una de las partes. Hay, pues, una impropiedad al autorizar al encargado del Registro para levantar el acta del fallecimiento, sin haber visto el cadáver.

Tampoco guarda armonía esta disposición con el art. 31, donde se exige la comparencia del Oficial público cuando se trata del nacimiento, pues una vez hecha la declaración debe trasladarse al lugar donde se encuentre el recién nacido, para cerciorarse de su existencia; si, pues, la aparición del ser racional que se encuentra investido de derechos por su sola presencia en el mundo, debe hacerse constar por el Oficial público cerciorándose



del hecho, ¿por qué se libraría á declaraciones de personas extrañas al acto que realiza el Oficial público, la verdad de lo que certifica, tratándose de una defunción?

El Código Napoleón, art. 77, y los que lo han seguido, imponen, en todos los casos, la obligación de cerciorarse de la verdad, antes de certificar el nacimiento ó la muerte de una persona. Nuestra ley, que se ha inspirado en parte en dicho Código, se ha separado, sin razón, en el **art. 73**, cuando dice: *la partida de defunción se extenderá ante dos testigos que hubiesen presenciado la muerte é inspeccionado el cadáver, los que serán presentados por la persona obligada á declarar el fallecimiento, ó llamados de oficio por el encargado del Registro, pudiendo ser uno de ellos el individuo que haga la declaración*; de modo que se deja á los testigos la misión de inspeccionar el cadáver, y se autoriza al Oficial público para levantar el acta de defunción sin haber visto el cadáver. Original manera de certificar un hecho no presenciado! Es cierto, que hay dos testigos que han visto el cadáver; que existe el certificado del médico que demuestra la defunción; pero no se explica la certificación del Oficial público de un hecho que no ha visto. Mi opinión, fundada en lo que ordenan casi todos los Códigos de las naciones civilizadas, es que se debe corregir este artículo, imponiendo al Oficial público la obligación de trasladarse al lugar donde haya ocurrido la defunción, para cerciorarse del fallecimiento, y así debe hacerlo constar en el acta; pero tal como está redactado el artículo, le bastará referirse á la declaración de los testigos, sin afirmar personalmente un hecho que no ha presenciado.

Vuelve á suscitarse en este punto la dificultad respecto de los testigos. ¿Pueden serlo las mujeres mayores de edad? Manifestamos nuestra opinión en el art. 14, y no encontramos razones fundamentales para crear una nueva excepción atendiendo al valor que tiene la partida.

La ley del Registro Civil es muy posterior á la vigencia del Código Civil, y si en presencia de la disposición del art. 990, el legislador nada ha dicho respecto á las condiciones que deben llenar los testigos, no veo porque se debe comprender á las mujeres, con tanta más razón cuanto que las escrituras públicas se otorgan en diferentes condiciones que las partidas de nacimiento



y defunción, en que algunas veces serán testigos necesarios, por no existir otros que hayan presenciado el hecho.

El artículo que estudiamos autoriza al encargado del Registro para llamar de oficio á los testigos que hayan presenciado la muerte y hacerlos declarar; pero como el Oficial público no tiene autoridad para imponer penas, deberá dar cuenta al Fiscal, para que la pida por la infracción cometida. Por eso habría sido más conveniente obligar al Oficial público á concurrir al lugar donde se encuentra el muerto, y hacer constar el hecho por medio de los testigos que conozcan al fallecido.

Se debe tener presente que, en estos casos hay peligro en prolongar el tiempo en que la inhumación debe tener lugar, buscando el facilitarla para que el cadáver no permanezca insepulto más de las veinticuatro horas.

Una vez que se haya denunciado el fallecimiento y presentado el certificado médico, *la inscripción se hará extendiéndose una partida que exprese, en cuanto sea posible (art. 74):*

1° *El nombre, apellido, nacionalidad, sexo, edad, estado, profesión y domicilio de la persona muerta (art. 74)*, tomando todos aquellos datos que determinen la identidad de la persona; pero debe tenerse presente que esos datos, tomados ligeramente y en momentos angustiosos, no tienen más valor que el que pueden darle las dos personas que atestiguan el fallecimiento. Las más de las veces son dados equivocadamente por los parientes ó amigos que no conocen la edad, ó suponen una profesión que no ha tenido el difunto, ó indican otro domicilio; así es que todos esos antecedentes pueden rectificarse por una prueba contraria. La palabra estado, la tomamos generalmente, no con relación á la familia, á que pertenece el individuo, sino en el sentido de ser soltero ó casado, y el consignar esa circunstancia es para determinar la identidad de la persona, sin que tenga importancia ni pueda servir de prueba para otros actos extraños.

2° *El nombre y apellido de su cónyuge, si hubiese sido casada ó viuda (art. 74)*, y lo mismo el de la mujer, cuando se tratase del marido. Esta circunstancia tampoco tiene importancia para probar el estado; porque muchas veces los deudos suponen un matrimonio que no existe, sobre todo tratándose de la mujer, por ocultar un hecho que deshonra al fallecido. Debe tenerse



presente que todos estos datos, exigidos por la ley, es para determinar la identidad de la persona fallecida, y cualquiera equivocación ó falsedad, no tiene influencia alguna para cambiar el estado de la persona.

3° *La enfermedad ó causa que haya producido la muerte* (art. 74), con excepción de los casos en que la muerte fuera el resultado de una ejecución capital, como se dijo en el art. 75, cuya conclusión hemos combatido con razones que no se pueden contestar. En cuanto á la enfermedad, interesa á la sociedad el conocerla, por las consecuencias que pueden traer para la prole, y en las causas criminales, puede llegar á ser de gran importancia, sobre todo cuando el delito ha sido cometido por el hijo de un epiléptico ó de un loco. Esa es la razón que hemos alegado contra la supresión de la causa que ocasionó la muerte en la ejecución capital.

4° *El lugar, día y hora en que ocurrió* (art. 74); con excepción de los casos en que el fallecimiento hubiera tenido lugar en prisiones ó cárceles, en que no se debe hacer constar el lugar donde ocurrió; excepción que también hemos combatido, porque la sociedad debe saber la verdad, sin que sea permitido al legislador el ocultarla, alegando una falsa piedad, que puede perjudicar á la sociedad, cuando los descendientes desean formar una nueva familia.

En cuanto al día y hora, los encargados del Registro Civil, deben tomar empeño en consignar con precisión ese acto, porque tiene una importancia capital para las sucesiones.

5° *El nombre, apellido y domicilio de los testigos* (art. 74), que son la base sobre que reposa el certificado del Oficial público que no ha visto el cadáver, y sobre quienes recae toda la responsabilidad de la declaración. Es necesario, pues, asegurarse de su identidad, para los casos en que hubiera alguna duda sobre la defunción.

6° *El nombre, apellido, nacionalidad y domicilio de los padres del difunto* (art. 74); para impedir la confusión, fácil de operarse en aquellos apellidos muy generales y comunes, como el de García, López, González, Martínez, etc., en que es común encontrarse con el mismo nombre y apellido, y esa confusión desaparece consignando el nombre, apellido y nacionalidad de los padres. Es



tan importante esta circunstancia, que de omitirla se correría el peligro de autorizar el fraude y la sustitución de una partida por otra. Por ejemplo, con frecuencia se lee el fallecimiento de un Ramón González, de un José García, ó de un Antonio López, y sino se hubiera tomado la precaución de distinguirlos por el nombre y apellido de los padres, y su nacionalidad, fácilmente se podría sustituirlos, haciendo aparecer al vivo en lugar del fallecido y viceversa.

7° *La circunstancia de haber ó no testamento, y, en su caso, si es ológrafo ó por acto público, y la oficina en que se encuentre (art. 74).* El legislador ha querido dejar constancia, aunque sea de oídas, de estas circunstancias, para poner á los herederos en el camino de buscar la manifestación de la voluntad del difunto, y á la autoridad para investigar la verdad. Es sabido que los herederos que hayan roto ú ocultado el testamento de aquel á quien deben heredar, ó le hayan impedido hacerlo, son castigados con la pena del indigno y son privados de la herencia, así es que si hubiere fallecido bajo testamento ológrafo, y se demostrase que uno de los herederos lo ha roto, los demás pedirían se le declarase indigno. Esta circunstancia no es importante, como se ha dicho.

§ 43.—CÓMO DEBE EXTENDERSE LA PARTIDA DE DEFUNCIÓN CUANDO NO SE CONOCIERA Á LA PERSONA

Sucede muchas veces en un país de inmigración, como el nuestro, que una persona es asesinada, sin que se sepa quién es, ó se le encuentra muerta sea por suicidio ó por alguna enfermedad violenta sin que nadie lo conozca, y como no puede ser inhumado sin que se haya extendido en el Registro Civil la partida respectiva del fallecimiento, para esos casos dice el **art. 76**: *si no fuese posible comprobar la identidad de la persona muerta, se inscribirá la partida con las designaciones que hayan podido obtenerse, expresándose especialmente el lugar donde ocurrió la defunción ó se encontró el cadáver, la edad aparente, las señales particulares que tuviere, el día probable de la muerte, las ropas, papeles ú otros objetos con que se hubiese encontrado, y en general todo dato que pueda servir para la identificación.*



Se nota en este artículo la falta de intervención del médico-legista, que debe hacer el exámen del cadáver, determinando la edad probable del fallecido, la causa de la muerte, y el tiempo en que ha debido efectuarse. ¿Quién debe hacer ese exámen para que el oficial público lo haga constar en el acta de defunción? El artículo no lo dice, y de su silencio se desprende que debe ser el encargado del Registro que levanta el acta, lo que es impropio; porque un abogado ó escribano, como deben ser los Jefes del Registro, no son personas competentes para determinar la edad, la causa de la muerte y el tiempo en que pudo haber ocurrido.

Mi opinión es que los encargados del Registro no deben levantar el acta sin el certificado médico, en que se determinen las circunstancias indicadas en el artículo; porque no por encontrarse un cadáver abandonado, se debe prescindir de esa formalidad. En la Capital Federal se da cuenta á la Policía, porque la muerte puede ser el resultado de un delito, y la sociedad está interesada en averiguarlo. Los médicos de Policía concurren á examinar el cadáver y á practicar la autopsia para determinar la causa de la muerte, y en estos casos, tratándose de una persona desconocida, deben fijar la edad probable del fallecido, así como el tiempo en que ha debido ocurrir el fallecimiento. Aunque el artículo que estudiamos nada diga á este respecto, el Oficial público no procederá por sí á hacer esas averiguaciones; debe referirse en el acta á lo que exprese el certificado de los hombres de ciencia. Creo, pues, que el artículo debe ser modificado expresando, que todos esos datos los suministrará el médico de Policía ó de la Asistencia pública.

La autoridad interviene en estos casos, y ella deberá dar todos los datos al encargado del Registro para que los consigne en la partida de defunción, y pueda servir de base en adelante á fin de llegar á conocer el nombre del fallecido.

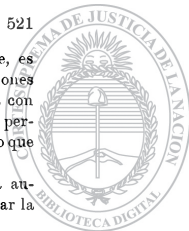
Si alguna autoridad comprobare posteriormente la identidad de la persona, lo hará saber al encargado del Registro para que asiente la partida complementaria, poniendo nota de referencia en una y otra (art. 77); de modo que el Oficial público levantará una nueva partida, refiriéndose á la comunicación que se le hiciera, agregándola al Registro para salvar su responsabilidad.

El artículo es también deficiente en esta parte, porque no ex-



presa cuál es la autoridad que ha comprobado la identidad del fallecido, ni si es necesario que ella corresponda á la jurisdicción donde se encuentra el Registro, ó si cualquiera autoridad de provincia puede hacerlo. Como se trata de la comprobación de un hecho, creo que el Jefe del Registro debe levantar la nueva acta, con arreglo á la comunicación, haciendo constar los datos suministrados, y dejando á los interesados la tarea de combatirlos si son falsos. Sin embargo, como puede servir algunas veces para suponer la muerte de una persona ausente, sea con el objeto de heredarla, sea para casarse, cuando el fallecido estuviera casado, debía intervenir en estos casos el Fiscal, á fin de vigilar que no se cometiera un delito. Supóngase que la persona interesada en hacer constar el fallecimiento de una persona **ausente**, se valiera de testigos para justificar que el muerto es el ausente, no siendo verdad. ¿Qué contralor existirá en esta información? ¿Cómo es que el Jefe del Registro debe asentar una partida en virtud de una información semejante? Conviene que el Fiscal intervenga y pueda interrogar á los testigos á fin de evitar cualquier engaño.

Cuando no se pudiera comprobar la identidad de la persona fallecida, debiera dejarse constancia en el Registro de los papeles y demás objetos que se hubieren encontrado junto con el cadáver, para que esa descripción tenga una base cierta y pueda comprobarse la identidad más adelante, por eso ordena el **art. 78**, que: *los papeles y demás objetos encontrados con el cadáver serán guardados en la Oficina bajo el mismo número que corresponde á la partida de defunción*; pero le ha faltado el complemento á estos artículos, que sólo suponen el caso en que el Registro se encontrase en la Oficina del encargado, sin recordar que anualmente debe pasarse á la Central y al Archivo una vez cerrado con las formalidades de la ley, el del año que ha terminado. ¿Cómo procederá el Oficial público cuando recibiera una resolución del Juez de 1ª Instancia haciéndole saber que se ha comprobado la identidad de la persona cuya partida de defunción se inscribió en el Registro como desconocida? Su obligación es levantar una nueva partida trascribiendo la sentencia, y una vez verificada, el encargado enviará una copia autorizada á la Oficina Central y al Archivo, de la partida levantada, para que



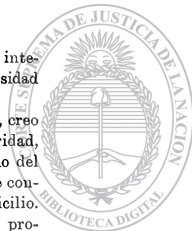
se practique la anotación correspondiente. La ley no lo dice, es cierto; pero se debe proceder por analogía con las disposiciones de los arts. 15, 16, 48 y 87. La prueba rendida, aunque sea con audiencia Fiscal, para demostrar el verdadero nombre de la persona desconocida, puede ser atacada por cualquier interesado que no haya sido parte en el juicio de información.

Sería conveniente, cuando se revise la ley, determinar la autoridad que pueda ordenar la comprobación, á fin de levantar la partida complementaria.

§ 44. — DE LAS DEFUNCIONES OCURRIDAS FUERA DE LA CAPITAL

Las personas domiciliadas en la Capital Federal, tienen derecho para que se inscriba, no sólo la partida de matrimonio y la de nacimiento de sus hijos, sino también para que se exija, por los parientes ó interesados, la inscripción de la partida de muerto, aunque hubieren fallecido fuera de su domicilio; porque el Registro Civil debe contener todos estos hechos, que son la fuente de los derechos más importantes. El nacimiento, que crea los derechos de familia y los de sucesión; el matrimonio, es el origen de los derechos de los cónyuges, y por fin, la muerte, que extingue derechos y hace nacer otros, deben constar en el Registro Civil del domicilio de la persona, que contiene la historia de estas tres fases de la vida humana; por eso, con razón, dice el **art. 79**: *las defunciones ocurridas fuera de la Capital y Territorios Nacionales, á que se refiere el inciso segundo del art. 63, se inscribirán en el Registro, insertándose en el acto copia íntegra de la partida debidamente autenticada que se hubiese extendido en el lugar de la muerte, y haciéndose constar el nombre de la persona que solicite la inscripción.* Como se ve, el artículo no hace distinción alguna; en cualquiera parte que hubiera ocurrido el fallecimiento del domiciliado en la Capital Federal, los interesados tendrán derecho para solicitar la inscripción de la partida de defunción. Pero el artículo es incompleto, porque no indica quiénes pueden solicitar esa inscripción, y ante quién se debe pedir.

Con respecto á la primera cuestión, nos parece evidente que pueden demandar la inscripción de la partida, todos aquellos que



tengan un interés en que conste en el Registro; porque sin interés no hay acción; pero bastará que lo manifiesten sin necesidad de demostrarlo, para que se ordene.

Respecto á la persona que puede ordenar la inscripción, creo que el Oficial público no puede hacerlo por propia autoridad, pues debe probarse ante el Juez de 1^a Instancia el hecho del domicilio en la Capital al tiempo de la muerte, que sólo le confiere el derecho de ser inscripto en el Registro de su domicilio. Nuestro artículo ha variado en esta parte la redacción del propuesto por el Dr. Varela en su recordado proyecto, que decía: «los oficiales del Registro del Estado Civil *podrán* inscribir la partida de defunción, etc.», de cuya expresión se deducía que no había mandato imperativo, y era simplemente una autorización, mientras nuestro artículo ordena que se inscriba; pero al corregir, con razón, esa frase, el legislador olvidó expresar quién es la autoridad que ordena la inscripción. Mi opinión es que se deben demostrar los extremos exigidos ante el Juez de 1^a Instancia, y es éste quien ordenará la inscripción de la partida, y si hubiera algún error ó alteración en la presentada, debe rectificarse á solicitud de parte.

Sucede con frecuencia, que cuando se trata de una catástrofe, como choques, descarrilamientos, etc., los hombres que viajan, y que perecieren, son inhumados en el lugar más cercano ó en el pueblo donde haya ocurrido el suceso, y como no conocen á las personas se equivocan en el nombre ó en el apellido, alterándolos; en ese caso las personas interesadas en hacer constar el fallecimiento del domiciliado en la Capital, se presentarán al Juez de 1^a Instancia en lo Civil, y producirán una información sumaria, acreditando que el fallecido estaba domiciliado en la Capital, así como el nombre ó apellido con que fué inscripto que estaba equivocado, y el Juez ordenará la inscripción de la partida presentada, con las correcciones á que hubiera dado lugar.

Cuando el fallecimiento del domiciliado en la Capital hubiere ocurrido en el extranjero, el Oficial público, por orden judicial, inscribirá la partida de defunción que se le presente debidamente autenticada, insertando la copia íntegra que se agregará al Registro para que quede allí la constancia. El artículo tampoco dice que se debe agregar la partida transcrita; pero así se hará,



porque es la única constancia que tiene el Oficial público para justificar la inscripción.

El artículo ha debido, en mi opinión, redactarse en esta forma: «las defunciones ocurridas fuera de la Capital Federal y Territorios Nacionales, á que se refiere el inc. 2º del art. 63, se inscribirán en el Registro (*por orden del Juez de 1ª Instancia, acreditando el domicilio del fallecido, á solicitud de cualquier interesado*), insertándose en el acto copia íntegra de la partida debidamente autenticada que se hubiese extendido en el lugar de la muerte (*agregándola al Registro*) y haciéndose constar el nombre de la persona que solicite la inscripción. *Cuando hubiera alguna alteración que hacerse, el Juez de lo civil la ordenará previa información con audiencia fiscal*». Las palabras en letra bastarda son las que proponemos se agreguen para completar el artículo.

Cuando el fallecimiento de las personas domiciliadas en la Capital Federal ó Territorios Nacionales, ocurriera en buques de guerra, ó en ejércitos en campaña, el **art. 80**, dice: *los capitanes de buques de guerra ó mercantes, los Cónsules de la República en países extranjeros, los jefes de fuerzas ó ejércitos en campaña, y en general toda autoridad nacional ó provincial que lleve notas de defunciones, remitirá á la mayor brevedad y por el órgano competente á la Municipalidad de la Capital ó al gobernador del territorio, copia legalizada de las partidas que asienten correspondientes á personas domiciliadas en tales jurisdicciones, para ser inscritas en la oficina del domicilio del difunto al tiempo de la muerte.*

Este artículo impone obligaciones desconocidas y no se cumplirán en la generalidad de los casos, quedando á los interesados el derecho de solicitarla.

Se comprende la obligación impuesta á los capitanes de los buques de guerra, que llevan en debida forma los Registros, la obligación que tienen de comunicar al Ministerio de Marina las defunciones que ocurran en los buques de guerra de la nación; pero difícilmente acompañarán la partida de defunción á fin de que se inscriba en el Registro; sin embargo, la ley los obliga, y en caso lo hicieran, el Ministro de Marina, la remitirá al Presidente de la Cámara de Apelaciones en la Capital, ó al Juez del Territorio en su caso, y éstos á su vez la enviarán al respectivo



Jefe del Registro Civil, para su inscripción; este es uno de los casos en que el Oficial público, procediendo por autoridad propia, procede á levantar el acta de defunción inscribiendo la partida y agregando al Registro la que ha copiado.

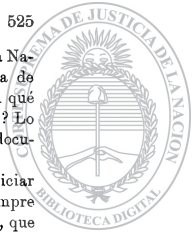
En cuanto á la obligación impuesta á los capitanes de buques mercantes, se debe entender que es únicamente á los que navegan bajo bandera argentina, sobre los que tenemos jurisdicción, y que están obligados á cumplir con las leyes de la República; porque los buques bajo bandera extranjera no están bajo nuestra jurisdicción, sino mientras se encuentren en los ríos que corresponden á la Nación. Eso, por una parte; por otra, es necesario distinguir el caso en que los buques se encuentren anclados en un puerto de la República cuando ocurriera la muerte, de aquellos en que se encontraren en alta mar ó surtos en puertos extranjeros.

En el primer caso, si los buques mercantes se encontraren surtos en cualquier puerto de la República, aunque naveguen bajo bandera extranjera, están dentro de la jurisdicción argentina, y deben cumplir con nuestras leyes; así, pues, estarán obligados á dar parte de la muerte á las autoridades de la localidad, para que la inhumación se practique con arreglo á las leyes de la República.

En el segundo caso, cuando el fallecimiento ocurriese en alta mar, el capitán del buque mercante que navegare bajo el pabellón argentino, ó el que lo reemplace, estará obligado á levantar el acta de defunción ante dos testigos mayores, si los hubiere, con las formalidades prescriptas en el art. 78, y al llegar al primer puerto argentino, entregará á las autoridades una copia legalizada de la partida de defunción, para que por intermedio del Ministerio respectivo, se envíe á la Municipalidad de la residencia ó domicilio del fallecido.

Quando la muerte ocurriese en el buque mercante, bajo bandera argentina, surto en un puerto extranjero, como está sujeto á las leyes del país donde se encuentra, se limitará á cumplir con lo que ellas ordenan, dando cuenta á su regreso á la República del fallecimiento ocurrido.

En cuanto á la obligación impuesta á los Cónsules que la República tiene acreditados en el extranjero, debe ser subsidiaria;



porque el domiciliado en la Argentina, que falleciere en otra Nación, está sometido á las leyes que rigen en ella, y la partida de defunción se levantará con arreglo á sus propias leyes. ¿Con qué objeto obligar á los Cónsules á dar aviso de esas defunciones? Lo natural habría sido dejar á los interesados el producir esos documentos, y pedir la inscripción en el Registro.

Cualquier partida de defunción que se presentare, para iniciar un juicio, deberá ser inscripta primero en el Registro, siempre que se tratare de individuos domiciliados en la Argentina, que hubieran fallecido en el extranjero.

Con respecto á los jefes de fuerzas ó de ejércitos en campaña, donde ocurriese el fallecimiento de algún individuo domiciliado en la Capital ó Territorios Nacionales, deberá distinguirse cuando las fuerzas ó el ejército operasen dentro de la República y estuvieran situadas de guarnición en una ciudad, de cuando se encontrasen en el desierto ó en territorio extranjero. En el primer caso, la inhumación se hará con arreglo á las leyes de la provincia donde se encontrase, y no tendrá obligación de levantar un acta especial, bastará con dar cuenta al estado mayor del ejército, avisándole que el cadáver ha sido inhumado. Cuando se encontrase en territorio extranjero, en alguna operación de guerra, estará obligado á hacer constar la defunción, y enviar copia de ella al ministerio del ramo, quien á su vez la remitiría á las autoridades del domicilio del fallecido en la República.

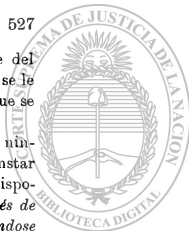
CAPÍTULO VII

DE LAS INHUMACIONES

§ 45.—JURISDICCIÓN DE LA MUNICIPALIDAD EN LOS CEMENTERIOS

Corresponde generalmente á las municipalidades de cada poblaci3n, villa 3 ciudad, la vigilancia sobre los enterratorios, porque es una de las funciones m3s importantes que se ligan con la higiene y salubridad p3blica; as3, pues, las municipalidades, donde las hay establecidas, 3 las comisiones municipales nombradas por los gobiernos para reemplazarlas, son las que tienen 3 su cargo los cementerios, como sucede en la Capital Federal, que no tiene municipalidad, en el momento en que escribimos, porque ha sido suprimida por una ley del Congreso, autorizando al Poder Ejecutivo Nacional para nombrar una comisi3n administradora, lo que es un contraste con nuestro sistema de gobierno, porque la Constituci3n nacional exige 3 las Provincias que dicten sus constituciones asegurando el r3gimen municipal, y el Gobierno lo suprime en la Capital, donde hay mayor suma de opini3n ilustrada para elegir los que deben gobernar la comuna. Pero dejando 3 un lado las observaciones 3 que se presta un hecho semejante, y viniendo 3 la ley del Registro Civil, que dice en el **art. 81**: *los encargados de cementerios 3 enterratorios no permitir3n la inhumaci3n de ning3n cad3ver sin la autorizaci3n del encargado del Registro*, cuando debió expresar, que la municipalidad no deber3 permitir la inhumaci3n, sin que previamente se hubiere expedido el certificado de defunci3n, porque los encargados de los cementerios est3n bajo las 3rdenes de la municipalidad y no del Jefe del Registro Civil; de todos modos, si se presentase un per-

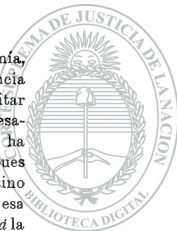




miso de la municipalidad para inhumar un cadáver, el jefe del enterratorio deberá negarse á expedir el permiso, sin que se le presente el certificado del Oficial público, donde conste que se ha levantado la partida de defunción.

Tiene tal importancia el hecho de la inhumación, que ninguna autoridad debía permitirla, sin que antes se haga constar en el acta la defunción; así es que me parece equivoca la disposición del **art. 82**, que dice: *«la autorización se dará después de sentada la partida de defunción ó ANTES DE ELLA, comprobándose la muerte con el certificado médico á que se refiere el art. 72 y un testigo, ó con la declaración de dos en defecto del facultativo*, cosa que no ha debido permitirse, porque antes de levantarse la partida no debe inhumarse el cadáver, ni autorizar al encargado del Registro para que expida el permiso de defunción antes de llenar esa formalidad. ¿Por qué autorizarlo para expedir el certificado para inhumar el cadáver sin levantar el acta? ¿En qué casos puede hacerlo? Es muy difícil justificar tan grave facultad, que aconsejamos no usarla, por los peligros que puede traer.

Cuando se dictó la ley del Registro Civil, tan resistida entre nosotros, porque se intentaba convertir en una cuestión religiosa, cuando la religión nada tiene que ver con la higiene y la salubridad; pero como se privaba al clero de una facultad de que antes había dispuesto, abusando muchas veces de su posición, pues se negaba á dar autorización para sepultar los cadáveres de los individuos que no fueran católicos, ó que siéndolo se hubieran quitado la vida, ó por cualquier otra causa; en esas circunstancias, que se podían llamar de transición, el legislador debió facilitar la reforma, no imponiendo formalidades que dificultasen la aplicación de la nueva ley; es por esa razón, sin duda, que se facultó, en aquel entonces, á los encargados del Registro, para expedir la autorización de inhumar los cadáveres, antes de levantar la partida correspondiente; pero en los tiempos actuales debe reformarse el artículo, suprimiendo la facultad concedida. El peligro que señalamos existía en aquel entonces, y nos lo demuestra el **art. 83**, que dice: *el Jefe de la Oficina podrá suspender la licencia de inhumación hasta inscribir la partida, para exitar á los interesados á proporcionar los medios de*



extenderse, probando así la resistencia que el legislador temía, con razón, se levantara en los primeros tiempos de la vigencia de la ley; por ese motivo facultaba á los encargados para exitar á los interesados á fin de que proporcionaran los datos necesarios para la inhumación. Al presente, que la costumbre se ha establecido, que no hay el menor asomo de resistencia, pues todos se han convencido que no existe cuestión religiosa sino una de higiene y de seguridad para todos, debe suprimirse esa facultad, y la ley debe decir: «el Jefe de la Oficina *suspenderá* la licencia de inhumación hasta inscribir la partida, así que los interesados le proporcionen los medios de extenderla, y cuando no pudieren, el Oficial público dará parte á la autoridad policial para que por sus medios propios proporcione los antecedentes necesarios para la inhumación»; es en esta forma que debe redactarse el artículo, cuando se reforme la ley del Registro Civil; porque así llenará las exigencias del estado actual.

En cuanto al tiempo en que se hará la inhumación, debemos siempre distinguir los casos ordinarios de aquellos en que por pestes ó epidemias no convenga á la salud pública el mantener los cadáveres insepultos. Así, no considero bien aconsejada la disposición del **art. 84**, cuando dice: *la inhumación no podrá hacerse antes de las doce horas siguientes á la muerte, ni demorarse más de treinta y seis, salvo lo dispuesto por reglamentos municipales ó policiales para casos determinados*; porque se ha debido dictar una disposición general que rigiera en los casos ordinarios, autorizando á las municipalidades para hacer las excepciones en los especiales. Si bien es cierto, que no se debe fijar un plazo invariable para las inhumaciones, tampoco se debe dejar en poder de las Municipalidades la facultad de determinarlo, sin señalarles un máximo y un mínimo; así, no me parece bien inspirada la disposición, como una regla que debe regir para los casos ordinarios. Lo más propio habría sido determinar el plazo de veinticuatro horas, como se acostumbra, dejando la facultad de abreviar ó prolongar ese término en los casos especiales.

La Ordenanza municipal de la Capital, de 20 de Junio de 1886, dice en su art. 17: «la autorización para inhumar los cadáveres será otorgada por las Oficinas de Sección, bajo las condiciones siguientes:



1ª El cadáver resultante de una enfermedad común no deberá sepultarse antes de las veinticuatro horas, reconocida la muerte por el médico asistente ó por el médico municipal de Sección, si ha fallecido sin asistencia médica», indicando así, que sólo están obligados á expedir el certificado los médicos que han asistido al enfermo, libertando á los demás de la obligación impuesta por el art. 70, de concurrir á examinar el cadáver y dar el certificado sobre la muerte y la enfermedad que la ha producido.

2ª «Para las muertes llamadas repentinas no se procederá á la inhumación sino cuando el cadáver manifieste señales claras de putrefacción», lo que indica la necesidad de que el encargado del Registro concorra al lugar donde se encuentra el cadáver y se cerciore del fallecimiento; pero me parece que el tiempo en que debe hacerse la inhumación debe determinarlo el médico municipal ó el de la Asistencia Pública, sin necesidad de esperar á la descomposición cadavérica, cuando no hubiese antecedentes de catalepsia, ó se conociera la causa de la muerte.

3ª «Para las enfermedades infecto-contagiosas, el tiempo máximo de espera será el de veinticuatro horas, y aun menos, en los casos en que la Asistencia Pública lo crea conveniente»; y así como en este caso queda librado á los hombres de ciencia, del mismo modo debían determinar el tiempo en que se puede hacer la inhumación, cuando hubiere algún peligro en tener el cadáver insepulto, como sucede en los casos de peste.

Téngase presente que el tiempo para la inhumación lo determina la autoridad municipal ó policial, según los casos, y que el Jefe del Registro Civil nada tiene que hacer á ese respecto; porque él está encargado de extender la partida de defunción, una vez presentados los documentos necesarios, y esa partida es la que se presenta á la autoridad para que expida la orden de inhumación. La licencia ó autorización para inhumar que da el Oficial del Registro Civil, no es verdaderamente una orden que se pueda cumplir, indica únicamente á la autoridad que tiene bajo su guarda los enterratorios, que se han llenado todas las condiciones exigidas por la ley para que la inhumación pueda tener lugar; pero tiene tal importancia esa autorización, que la ley ha facultado al Oficial para no expedirla en algunos casos, hasta que no se hayan llenado ciertas condiciones exigidas;



así, dice el **art. 85**: *si el informe médico ú otra circunstancia sugiriere sospecha de que la muerte haya sido producida por un crimen ó enfermedad que interese al estado sanitario, el Jefe de la Oficina dará el aviso correspondiente á la autoridad judicial ó municipal, y no expedirá la licencia de inhumación hasta que se le comunique haberse practicado las diligencias á que hubiere lugar*; en estos casos la inhumación no podrá tener lugar hasta que no se haya practicado la autopsia del cadáver, dejando las vísceras para el examen microscópico ó químico, ó las partes que los médicos ó expertos necesiten para la investigación correspondiente. Así, pues, la autoridad judicial, encargada generalmente de investigar, si el hecho de la muerte encierra un crimen, ó es natural, es la que debe comunicar al Oficial público si ha terminado su examen y si el cadáver puede inhumarse. En estos casos el Oficial público dejará constancia en el Registro de haber suspendido la autorización ó el acta de inhumación, esperando la investigación, y cuando reciba el aviso de haberse concluido el examen del cadáver, al extender el acta hará constar las circunstancias mencionadas, expidiendo el certificado de inhumación.

Los Jefes del Registro Civil, tienen una gran responsabilidad en estos casos, y por eso la ley ha debido exigirles que se trasladen al lugar donde ha ocurrido el fallecimiento, como se ordena en casi todos los Códigos, para que puedan afirmar la certeza de la muerte que van á certificar, y hacer las observaciones que su experiencia les sugiera.

¿Qué circunstancias pueden sugerir al Oficial público, la sospecha de que la muerte ha sido producida por un crimen, si no ha visto el cadáver; si el certificado médico expresa que el fallecimiento es natural? ¿Podrá el Oficial negarse á levantar el acta, cuando tuviere denuncias de que la muerte es el resultado de un crimen? Me decido por la afirmativa; porque el artículo dice: si del informe médico ó de *otra circunstancia* resultare sospechas, debe darse cuenta á la autoridad para que proceda á la investigación, suspendiendo el acta de defunción, y como fuera del certificado médico sólo puede existir la denuncia, ó la sospecha puede venir de los datos suministrados por los interesados, se sigue de ahí, que procediendo con prudencia debe suspender el certificado y dar cuenta á la autoridad correspondiente.

La ley del Registro Civil, contiene una disposición que no se explica en los tiempos presentes, porque ninguna autoridad debe tener facultad para ordenar la inhumación de un cadáver, sin que previamente el Jefe del Registro Civil, haya expedido el certificado donde conste haberse levantado el acta de defunción, así es, que cuando dice el **art. 86**: *cualquiera autoridad que ordene la inhumación de un cadáver, remitirá al Jefe del Registro, los antecedentes para asentar la partida y expedir la licencia correspondiente*, se debe tener en cuenta que ninguna autoridad está facultada para dictar órdenes semejantes, en una legislación ordenada, ni se debe hacer la inhumación sin que antes el Oficial encargado del Registro Civil haya asentado la partida de defunción; así, pues, la disposición del artículo debe cambiarse radicalmente, y en vez de decir: cualquiera autoridad que ordene la inhumación de un cadáver, remitirá al Jefe del Registro los antecedentes para asentar la partida (pues no se debe poner en la mano de cualquier autoridad esta facultad, con gran peligro de que los individuos desaparezcan sin dejar la menor traza de su fallecimiento), debe decirse, que ninguna autoridad podrá ordenar la inhumación, y el peligro será mayor en las campañas, donde sería fácil ocultar el crimen, mandando inhumar los cadáveres sin que procedan las formalidades ordenadas. Tal como está concebido el artículo, se puede preguntar: ¿qué autoridad puede ordenar la inhumación de un cadáver, sin que el Oficial público haya levantado el acta de defunción? Según las disposiciones examinadas, nadie puede hacerlo, porque el art. 81 ordena al encargado de los cementerios que no permita la inhumación de ningún cadáver, sin la autorización del encargado del Registro. Así, pues, el artículo debe suprimirse, ó por lo menos cambiarse en el sentido, de que cualquiera autoridad que ordenase la inhumación de un cadáver, deberá solicitar del Oficial público que levante el acta de inhumación y dé el certificado correspondiente.



CAPÍTULO VIII

DE LA RECTIFICACION DE LAS PARTIDAS DEL REGISTRO

§ 46. — CÓMO DEBE HACERSE LA RECTIFICACIÓN O ADICIÓN

Las partidas, sean de nacimiento, matrimonio ó defunción, asentadas en el Registro Civil, son instrumentos públicos, y hacen fe en juicio y fuera de él; así, no pueden rectificarse ó adicionarse, sino previo un juicio sumario algunas veces, ú ordinario cuando hubiere interesados que se opusieran.

Las partidas del Registro pueden rectificarse ó adicionarse, cuando se cometiere algún error, ó cuando sobrevinieran hechos que las alterasen; así, por ejemplo, si en la partida extendida se manifestase que el niño nacido era hijo de padres desconocidos, y después uno ó ambos padres lo reconocieran, se levantará un acta del reconocimiento, y se anotará al márgen de la partida de nacimiento, esta circunstancia que la modifica, sin necesidad de orden judicial; pero cuando se hubiere cometido algún error en el nombre ó apellido en la partida de fallecimiento, y se quisiera hacer la rectificación, se ocurrirá al Juez de 1ª Instancia, produciendo una información, y una vez aprobada, se levantará el acta respectiva, haciéndose la anotación en la partida rectificada. Para hacer esas rectificaciones ó anotaciones, dice el **art. 87**: *el Juez competente para entender en la rectificación ó adición de las partidas del Registro, es el Letrado de Primera Instancia, ó en su defecto, el de Paz del lugar en que está situada la Oficina en que conste la partida que haya de rectificarse ó adicionarse.* El procedimiento para hacer esas rectificaciones ó adiciones, será sumario, si no hay interesados que lo contradigan y se opongan, haciéndose la infor-





mación con audiencia Fiscal, porque se trata de la alteración ó modificación de un instrumento público, y la sociedad está interesada en que no se modifiquen ó adicionen las partidas del Registro sin una prueba seria donde conste el error, si lo hubiere, ó la modificación que fuere necesario hacer. Si, por el contrario, algún interesado se opusiera á la adición ó rectificación, se hará un juicio ordinario, procediéndose, como en estos juicios, por todas las instancias.

Así, pues, cuando el **art. 88** dice: *el juicio se sustanciará con el Agente Fiscal, si lo hubiere, y por el procedimiento ordinario*; expresa que, cuando el fallecimiento ocurriese en los Territorios Nacionales, donde no existiere Agente Fiscal, el juicio se seguirá ante el Juez de Paz sin intervención alguna, y en esos casos convendría que en la rectificación ó adición se hiciera constar esa circunstancia.

Pero viene una cuestión interesante que es necesario examinar. ¿Quiénes pueden pedir ante el Juez competente la rectificación ó adición de una partida asentada en el Registro Civil? Lo primero que se ocurre contestar, es que el solicitante debe tener un interés directo en la rectificación ó adición. Pero, ¿quiénes son esos interesados? ¿Se admitiría, por ejemplo, al Oficial público ó á algunos de los testigos que han intervenido en el acto, que habiéndose convencido del error quisieran rectificarlo? La negativa me parece evidente, porque si bien puede concebirse que estén interesados en rectificar un error que han cometido al extender la partida, no debe permitírseles, no sólo porque se lo prohíbe el art. 992 del Código Civil, sino porque no existe el interés pecuniario que debe nacer de la rectificación ó adición, interés que puede ser actual ó al porvenir, pecuniario ó únicamente de familia.

Es necesario, pues, que quien solicite la rectificación tenga un interés pecuniario ó de familia; así, por ejemplo, una partida de defunción donde se ha dado otro nombre ó apellido al muerto, podrán pedir la rectificación los herederos presuntivos del fallecido.

Las partidas de reconocimiento de hijos naturales, que son las más importantes por los derechos que hacen nacer y las obligaciones que imponen, pueden rectificarse á solicitud del mismo



que aparece reconociendo al hijo, ó de sus herederos en su caso. Supongamos que se ha presentado al Jefe del Registro Civil una persona acompañada de dos testigos, pidiendo se levante un acta de reconocimiento de hijo natural, y el Oficial público, cediendo á su solicitud, lo verifica, practicando la adición correspondiente en la partida de bautismo. ¿Ese reconocimiento es irrevocable? Así parece á primera vista; pero no lo es en realidad; porque si suponemos que ese individuo ha sido llevado á la Oficina por la fuerza ó la intimidación, que en virtud de amenazas de muerte ó de otras que perturben su ánimo y no dejen libertad al consentimiento, ese individuo podrá atacar el acto y hacerlo declarar nulo; y si ha fallecido dentro del término marcado por el art. 4030 del Código Civil, sus herederos pueden á su vez deducir las acciones para desconocer el acto. Si suponemos, lo que puede ocurrir con frecuencia, que el individuo tiene un homónimo, es un José García ó un José González, y se quiere hacer servir ese reconocimiento para tomar parte en la herencia de otro José González ó García; es claro que los herederos tendrán derecho para demostrar que es otra persona la que practicó el reconocimiento y no su causante, que no ha podido hacerlo por tal ó cual causa. Más aun, podemos suponer que una persona, usurpando el nombre de otra, ha hecho el reconocimiento de un hijo natural; es evidente que la persona cuyo nombre se ha usurpado, ó sus herederos, pueden rechazar ese reconocimiento, demostrando por la firma que lleva el acta, ó por cualquier otra circunstancia, que no ha podido practicarlo.

Lo más notable que presentan los artículos que estudiamos, es que no indican quiénes pueden pedir la adición ó rectificación de la partida, como lo hacen todos los Códigos. El proyecto del Dr. Varela, decía en el art. 63, que podían pedir la adición ó rectificación *solamente los interesados*, y explicando el autor la razón porque había suprimido la expresión de que se sirven los demás Códigos, al indicar que sólo pueden pedirla *las partes interesadas*, agregaba: «prefiero se fije quiénes son esas partes, en cada caso especial, desde el momento que yo creo que no es sólo el interés pecuniario, el que debe atenderse, sino también el interés de que no se introduzca en la familia una persona extraña»; pero nuestra ley suprimió esa parte, y queda por averiguarse quiénes



y en qué casos se puede demandar las rectificaciones ó adiciones, y si es necesario que haya de por medio un interés pecuniario, ó puede intentarse por un interés puramente de familia, como lo suponía el autor del proyecto. Por mi parte creo que cualquiera que sea el interés, pecuniario ó de familia, bastará para justificar la rectificación solicitada. ¿Pero será necesario justificarlo ante el juez, ó bastará alegarlo simplemente? Como en toda rectificación pedida por otra persona que no sea la inscripta en el Registro, como por ejemplo, si se tratase de un reconocimiento de hijos naturales ó de una partida de nacimiento, deberá darse intervención á la persona inscripta, si ella exigiera la prueba del interés con que se pide, el juez ordenará su justificación; si nadie se opusiera, bastará alegarlo para que el juez ordene la información y con intervención Fiscal se mande hacer la rectificación.

Ahora estudiemos lo que importan las palabras *rectificación* ó *adición* de que se vale la ley.

Rectificar, según la Academia de la lengua, es reducir una cosa á la perfección, ó también comprobar ó asegurarse de su certeza; pero según el lenguaje usual es corregir, enmendar, y nuestra ley, sin duda alguna, lo ha tomado en este sentido, desde que lo acompaña de la palabra adicionar, que es aumentar, agregar, lo que no entra en la expresión de rectificar; porque se rectifica un error, un dato inexacto, mientras sólo se adiciona algo incompleto, ó que no expresa con claridad todo el pensamiento; así se rectifica un nombre equivocado en la partida; pero sólo se adiciona un acto suprimido por olvido. Una partida verdadera, á la que sólo falta algún dato, se la adiciona aumentando el que faltaba; una partida equivocada se la rectifica; y como ambas alteran la inscripta en el Registro, es necesario que intervenga la autoridad. No creo que el Oficial público, una vez asentada la partida pueda rectificarla, aunque sea borrando ó aumentando una letra, porque su misión ha terminado, una vez que está firmada por los interesados.

Cuando se hubiere debatido en juicio ordinario la rectificación ó adición, *ejecutoriada la sentencia, el Juez remitirá dentro de veinticuatro horas, al Jefe de la Oficina, copia legalizada para su inscripción en el Registro (art. 89)*, y si la partida se encontrase en los libros archivados en la Oficina Central, á donde de-



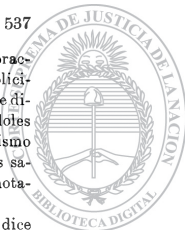
ben enviarse anualmente, y en el Archivo, el Oficial público que haga la rectificación, labrará una nueva acta, remitiendo copia de la levantada por orden del Juez, así como un testimonio de la expresada sentencia para que se practique la anotación marginal á que se refiera la rectificación en los Registros archivados.

La inscripción se hará insertándose en el acta copia íntegra de la sentencia y poniéndose en ella y en la partida rectificada ó adicionada notas marginales ó de referencia (art. 90); pero como se ha dicho, esas notas no podrá él ponerlas sino cuando los Registros se encontrasen en su poder. Pero se presenta la cuestión siguiente, que ha sido debatida en Francia. Un individuo cuya partida de nacimiento se mandaba rectificar, había cambiado de domicilio y pretendía que la rectificación se hiciera en el Registro del nuevo domicilio. Entre nosotros sólo puede tener lugar tratándose de individuos domiciliados en los Territorios Nacionales, que mudaren de domicilio, porque como la ley del Registro Civil sólo rige en la Capital y Territorios Nacionales, cuando cambiaren de domicilio los individuos, se pregunta, si el Juez del nuevo domicilio podrá ordenar se practique la rectificación ó adición en el Registro de su jurisdicción, y se remita copia de esa partida con la de la sentencia que ordenase la rectificación, para que se anote en la partida respectiva. Por mi parte no veo inconveniente que se pueda hacer esto en la República Argentina; porque no hay razón para exigir al individuo que se traslade á su antiguo domicilio para someterse nuevamente á la jurisdicción del Juez donde se hizo la inscripción, pues que tan instrumento público es el acta que levante el Oficial público del nuevo domicilio, como el del antiguo, y en cuanto á los jueces tienen los unos la misma autoridad que los otros. El art. 89 de la ley que estudiamos, sólo dice que el Juez remitirá copia legalizada de la sentencia, dentro de veinticuatro horas, al Jefe de la Oficina del Registro Civil, para su inscripción, y lo natural es suponer, que si el juicio de rectificación ó de adición se ha seguido en su jurisdicción, sea al Jefe del Registro, que se encuentra bajo su autoridad, á quien se comunique la orden y deba hacer la transcripción de la sentencia. Ahora, en cuanto á la anotación que debe hacerse en el margen de la partida originaria, si el Oficial encargado del Registro no la tiene en su poder y se encuentra en

la Oficina central ó en el archivo, ¿quién debe ordenar se practique la anotación? Lo natural sería que el mismo Juez, á solicitud del interesado, se dirigiera á los encargados de la guarda de dichos libros, con copia de la sentencia ejecutoriada, ordenándoles practiquen las anotaciones correspondientes, aunque esto mismo puede hacerlo el Oficial encargado del Registro, haciéndoles saber la inscripción de la sentencia, solicitando se hagan las anotaciones marginales respectivas.

En cuanto á la forma de expedirse las copias en adelante, dice el **art. 91**: *rectificada ó adicionada una partida, no podrá darse copia de ella sin copiarse también la partida en que conste la rectificación ó adición*; pero esto sólo tendrá lugar cuando el Registro se encontrase en poder del Oficial público, que ha practicado la rectificación, pues si se encuentra en el archivo ó en la Oficina Central, será necesario pedirlo á una de esas Oficinas.

¿Cómo debe ponerse la nota marginal de rectificación? El artículo no lo expresa, pero debe comprender lo esencial; sin embargo, bastará que conste en la nota que se ha ordenado la rectificación ó adición, desde que la copia de la partida debe acompañarse con la partida de rectificación que lleva la de la sentencia.



CAPÍTULO IX

DISPOSICIONES PENALES

§ 47. — DE LOS INFRACTORES Á LA LEY

El principio general de que las leyes deben tener una sanción, porque de otro modo sería dejar su cumplimiento á la buena voluntad de los que están obligados á obedecerlas, se impone con mayor fuerza, tratándose de actos que deben ejecutarse necesariamente con determinadas formalidades, porque su prueba y demostración interesa á la sociedad. Así es como la ley del Registro Civil debe tener una parte penal, pues no basta con dejar sin efecto el acto ejecutado contra la prohibición de la ley, con que la sociedad se defiende, cuando no se obedece á sus mandatos.

Cuando la ley ordena que tales ó cuales actos que ejecuta el individuo deben llenar ciertas formalidades para ser válidos, la sociedad está asegurada con no reconocerlos, si no se han cumplido las formas; pero esto es respecto de los individuos que pierden sus derechos por haber contravenido á los mandatos de la ley; el caso es diferente, y otra debe ser la sanción, cuando son actos que la sociedad necesita probar, y exige una constancia de que han tenido lugar; entonces impone una pena al que se sustrae á sus mandatos, porque la sociedad se perjudica con la falta de prueba ó constancia de esos actos; pero téngase presente que sólo debe imponerla al que por las funciones encomendadas está obligado á realizar el acto, y sólo por una excepción, en casos muy especiales, puede imponer una pena á los que no lo realicen.

Estas consideraciones demuestran que ha debido concebirse

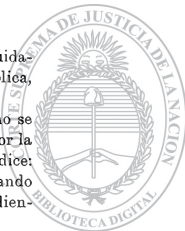




en otra forma el **art. 92**, que dice: *toda persona que sin cometer delito contravenga á la presente ley, ya haciendo lo que ella prohíbe, ya omitiendo lo que ordena, ó ya impidiendo á otro el cumplimiento de sus preceptos, será castigado, según la gravedad del caso, con multa de diez á cien pesos nacionales, ó prisión en caso de insolvencia, á razón de un día por cada cuatro pesos*; porque la pena es demasiado leve, tratándose de funcionarios públicos que cometieran fraudes ú otras faltas en el ejercicio de sus funciones.

¡Cómo! ¿Un empleado público que cometiera una falta grave al asentar una partida en el Registro Civil, sólo sería pasible de una pena de diez á cien pesos, al igual del individuo, que debiendo declarar la muerte de una persona, no lo ha hecho? Sería verdaderamente irrisorio!

La ley ha debido separar á los funcionarios públicos, de los simples particulares que no desempeñan mandato alguno, y á quienes por razones especiales el legislador les ha impuesto ciertas obligaciones, como un servicio necesario á la sociedad; ha debido igualmente clasificar las infracciones, y según la gravedad, determinar las penas con que castiga cada una de esas infracciones ó delitos. Se puede decir, que esta parte corresponde y es materia del Código penal; pero una ley debe bastarse á sí misma, y sin perjuicio de la colocación de la materia, que en nada influye, cuando es el mismo poder que las dicta, debió incluirse en ella. Si no se encuentra esa penalidad en el Código Civil francés, donde se legisla sobre el estado civil, es porque no era propio, ni la materia correspondía á dicho Código, y si la Provincia de Buenos Aires la suprimió de la ley que dictó, y que el Congreso puso después en vigencia, fué por la sencilla razón de que correspondía al Congreso dictar el Código Penal, y la Legislatura de un Estado no podía legislar sobre esa materia; pero el Congreso Nacional se encontraba en diversa situación, y debió agregar la penalidad especial para los delitos, fraudes ú omisiones cometidos por los funcionarios encargados del Registro del Estado Civil. Pues bien, el Código Penal no contiene sino disposiciones generales sobre las falsedades, que si bien pueden aplicarse á ciertos casos, no comprenden la mayor parte de los previstos por esta ley. Convendría, pues, agregar á la ley disposiciones especiales castigando las diversas infracciones que pueden cometer los en-



cargados del Registro Civil, así como los delitos, separando cuidadosamente los empleados que desempeñan una función pública, de los simples particulares que no la tienen.

La disposición que estudiamos dice claramente, la ley no se ocupa de los delitos, porque ha sido tomada de la dictada por la Provincia de Buenos Aires, que no podía legislarlos; así, dice: toda persona que *sin cometer delito* contravenga, etc., dejando para el Código Penal la imposición de las penas correspondientes; así, pues, sólo trata de las contravenciones.

Los fraudes cometidos por los funcionarios públicos encargados de llevar los Registros no tienen una pena especial en el Código Penal, aunque bien pueden comprenderse en las disposiciones generales de los que cometen falsedades. Convendría, pues, legislar especialmente sobre esta materia, imponiendo penas á los empleados públicos, según sean los actos que realicen.

Tratándose, pues, de actos ú omisiones que no son delitos, dice el **art. 93**: *si la contravención implicase complicidad en un delito, será considerada meramente como circunstancia agravante del mismo*, disposición tomada igualmente de la ley de la Provincia de Buenos Aires, que reconociendo la carencia de facultades para dictar leyes penales, no obstante invadía esas atribuciones, desde que ordena se considere como una circunstancia agravante del delito, cuando el Código Penal pudo disponer lo contrario; sin embargo, como el Congreso hizo suya esa disposición, se debe considerar como incorporada para la Capital y Territorios Nacionales, sin que sea obligatoria para las provincias, porque la ley del Registro Civil ha sido dictada por el Congreso como Legislatura local, y tal vez esa ha sido la razón para no haber incluido la penalidad en la misma ley.

Como la penalidad impuesta por la ley del Registro Civil es únicamente para las contravenciones á la misma, deja completamente á salvo las acciones provenientes de delitos, así como las civiles que correspondan á la legislación civil, por eso dice el **art. 94**: *la responsabilidad penal establecida por esta ley es independiente de la civil por los daños y perjuicios* que la omisión ha podido ocasionar á los particulares, y habría podido agregar, que con relación á los delitos quedaba sujeta á lo que dispusiera el Código Penal. La sociedad que se atribuye la facultad de casti-

gar á los que violan sus leyes, que son de conservación, y sin las que no sería posible concebir su existencia; así como se defiende penando á los que no obedecen sus mandatos, esa defensa sería incompleta sino concediese derechos al perjudicado para demandar el pago de los daños y perjuicios. La disposición que estudiamos salva, pues, lo dispuesto por el Código Penal con relación al delito que se puede cometer, así como los derechos que acuerda el Código Civil por los daños y perjuicios causados.



§ 48. — DEL JUEZ COMPETENTE

Como se trata de una pena correccional que no puede exceder de veinticinco días de prisión, si la multa del máximun no pudiera abonarse, la ley ha determinado que *el Juez competente para la aplicación de las penas, es el Letrado de 1ª Instancia en lo Civil; y en su defecto, el de Paz del domicilio de los infractores (art. 95)*. En la Capital de la Nación será competente el Juez correccional, porque las penas son correccionales, y en los Territorios Nacionales los Jueces de los Territorios donde se encuentran establecidos los Registros Civiles.

El legislador se ha visto obligado á establecer el procedimiento que se debe seguir en estos juicios verdaderamente correccionales, y por esa razón ha dicho en el **art. 96**: *el juicio no tendrá otra substanciación que una audiencia verbal y un término de prueba, si fuese necesario, que no pase de ocho días, y será promovido por el Agente Fiscal, ó en su defecto por el Jefe de la Oficina del Registro*; pero cuando se tratase de faltas cometidas por el mismo Oficial público, que comprometiesen la verdad é integridad de la partida, será el Agente Fiscal quien pedirá la pena correccional. Cuando la partida hubiera sido objeto de adulteraciones, ó se hubiere cometido fraude, ó cualquier otro delito, no será el Juez correccional el que intervenga.

Tratándose de castigar faltas leves, el juicio debe ser sumario y breve, y por esa razón dice el **art. 97**: *de la sentencia que recayere no habrá recurso alguno*.



DISPOSICIONES MUNICIPALES

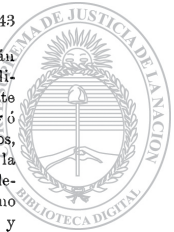
§ 49. — FORMA EN QUE SE DEBEN LLEVAR LOS REGISTROS

La Municipalidad de la Capital, en uso de las facultades conferidas por la ley del Registro Civil, dictó una Ordenanza en 26 de Mayo de 1886, reglamentando la ley, y en las disposiciones generales se establece por el art. 18, que «el 31 de Diciembre de cada año se cerrarán los Registros en la forma determinada en la ley, se formará al fin de cada uno el índice correspondiente y se remitirá á la Oficina Central para la formación del Índice General con los poderes, documentos ú objetos que se refieran á las partidas insertas», esta disposición sólo rige para la Capital Federal, y en los Territorios Nacionales el Gobierno Federal dictará las que crea necesarias para la mejor aplicación de la ley.

«La inscripción se hará observando las fórmulas preparadas por la Oficina Central, según el modelo adjunto, y los certificados y licencias de inhumación se expedirán en ellos, impresos según modelos que también se adjuntará» (art. 19), esto no importa autorizar á los Jefes del Registro Civil para expedir órdenes que deberán obedecer los encargados de los enterratorios para que se verifiquen las inhumaciones, porque la Municipalidad es la que debe hacerlo.

§ 50. — OBLIGACIONES DE LOS ENCARGADOS DEL REGISTRO

La Ordenanza ha dividido en varias Secciones á los encargados del Registro, creando una Oficina Central donde se guardan los libros de los nacimientos, matrimonios, defunciones y reconocimientos; ha creado igualmente un Jefe de esa Oficina Central que tiene la superintendencia sobre todas las demás, confiándole facultades para resolver las dudas que se suscitaren al aplicar la ley; así dice en el art. 20: «cuando las Oficinas de Sección (los Jefes), tuvieran dudas sobre los hechos ó sobre el alcance de las disposiciones legales, suspenderán la inscripción de las partidas,



poniendo en los libros las anotaciones correspondientes y darán cuenta inmediatamente á la Oficina Central. Esta resolverá la dificultad por escrito, debiendo ir á la Intendencia, cuando se trate de casos de importancia ó que no hayan sido previstos en la ley ó en la presente Ordenanza». Se trata de dudas puestas por letrados, como son la casi totalidad de los Jefes del Registro Civil de la Capital de la República. ¿Quién debería resolverlas? La Ordenanza divide las dudas en casos de importancia y en casos que no las tengan; en éstos las resuelve el Jefe de la Oficina Central, y en aquellos el mismo Intendente de la Municipalidad. Pero habría sido más conveniente que estas dudas sobre puntos de derecho las resolviera una alta autoridad; por ejemplo, el Presidente de la Cámara de Apelaciones en consulta de los Jefes del Registro. La ley ha debido atribuir esa facultad al Presidente ó al Camarista de semana para que lleve su resolución el sello de la autoridad del Tribunal. Sería conveniente introducir esta reforma en la ley del Registro Civil.

La ordenanza municipal reglamentando el caso previsto por el art. 28 de la ley del Registro Civil, que impone al Jefe de la Oficina, la obligación de hacer las investigaciones del caso, cuando tuviera conocimiento de la existencia de un hecho que deba ser inscripto, y que no lo hubiera sido, la modifica en cierto modo por el art. 21, que dice: «todo empleado del Registro que tenga conocimiento de un hecho que no haya sido inscripto en el Registro, en el término legal, lo pondrá en conocimiento de la Oficina Central, para que proceda á las investigaciones que prescribe la ley. Igual obligación tendrán los empleados municipales y los del Departamento de Policía», de modo que el Oficial público cumplirá con su deber con dar cuenta á la Oficina Central; pero ocurre la duda sobre si la ordenanza municipal no altera la ley, libertando al Jefe del Registro de una obligación impuesta, y en mi opinión sin dejar de cumplir con lo ordenado, dando cuenta, debe hacer la investigación que manda la ley; pues que se trata de asentar la partida que debe inscribirse en el Registro.

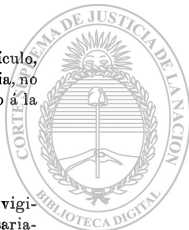
La ordenanza me parece que invade atribuciones que no le corresponden, porque si bien la Policía debe prestar su fuerza para hacerlas cumplir, no está bajo la dependencia de la Municipalidad, obedece al Ministro del Interior, bajo cuya autoridad in-

mediata se encuentra, así es, que la última parte del artículo, obligando á los empleados de Policía para hacer la denuncia, no encuadra dentro de las facultades que la ley ha conferido á la Municipalidad.

§ 51.—FACULTADES DE LA OFICINA CENTRAL

La Oficina Central, creada por la Municipalidad para la vigilancia é inspección de las demás Oficinas de Sección, necesariamente debe tener facultades que no pueden ejercer esas Oficinas.

Entre las obligaciones principales de la Oficina Central se encuentra la de recoger y custodiar todos los libros que las Oficinas de Sección deben remitir anualmente, hacer el índice general y expedir las copias que se solicitaren por los interesados ó los jueces en su caso. Deberán hacer las anotaciones al márgen de las partidas de las rectificaciones ó adiciones que ordenasen los jueces, y las que correspondiesen á los reconocimientos que hicieran los padres de sus hijos ante los Jefes de Sección. Deberán igualmente resolver las dudas que ocurriesen á los Jefes de las Oficinas de Sección, en los casos de poca importancia. Por fin, la Ordenanza confiere á la Oficina Central ciertas facultades, que me parece extralimitan las atribuciones de una ordenanza, que sólo debe comprender las cosas que se relacionan con la higiene, ornato, salubridad, embellecimiento, etcétera, y que pesan directamente sobre las cosas, é indirectamente sobre los individuos que las poseen. Las obligaciones personales que la Municipalidad puede imponer, se relacionan con la salud pública, las que salen de este orden, quedan fuera de sus atribuciones; así, cuando el art. 22 dice: «la Oficina Central y las de Sección están autorizadas para hacer comparecer, cuando sea necesario, á los individuos que hubiesen presenciado los hechos que deben ser inscriptos en el Registro, y podrán requerir, si no fuesen obedecidos, el auxilio de la fuerza pública», se excede, á mi juicio, en lo que puede mandar. Hacer comparecer á los individuos por medio de la fuerza pública para que presten declaración, es una atribución judicial, que la ley sólo confiere á los que ejercen autoridad pública para investigar los hechos y castigarlos, si fueran ejecutados contra el mandato de la ley, ó para





decidir las controversias entre las partes; en una palabra, sólo los jueces pueden compeler á las personas á que se presenten á declarar. ¿Qué sanción penal pueden imponer los Jefes del Registro Civil á los que no quieran comparecer á su citación? Ninguna! Será necesario de una violencia personal, para llevar al citado á la Oficina á fin de declarar, pues sino obedece el Oficial público no podrá dictar la prisión contra el desobediente, como una pena que debe ejecutarse. Es cierto que el art. 29 obliga al que haya presenciado un hecho que deba ser inscripto en el Registro, á comparecer al llamado del Jefe de la Oficina; pero en caso de desobediencia, sólo podrá pedir la pena correspondiente por intermedio del Agente Fiscal, á quien comunicará lo sucedido.

Lo natural habría sido proceder como lo indica el art. 18 de la ley del Registro Civil, pasado el término en que deba solicitarse la inscripción, el Oficial encargado del Registro hará las investigaciones del caso y denunciará el hecho á los Agentes Fiscales ó al juez para que procedan.

CAPÍTULO X

DISPOSICIONES TRANSITORIAS



La ley ha autorizado á la Municipalidad de la Capital y á las que se establecieran en los Territorios Nacionales, para crearse recursos y costear el servicio público prestado, con tanta más razón, cuanto que el impuesto existía antiguamente, pues los Curas párrocos expedían las copias de las partidas en papel sellado, haciendo pagar á los particulares un impuesto al Gobierno, y cobrando por su parte el trabajo que hacían; ahora ese recurso debe ser exclusivamente municipal, pues es la Comuna la que presta el servicio; así dice el **art. 98**: *las Municipalidades de la Capital y Territorios Nacionales, podrán crear un timbre que no exceda de dos pesos nacionales para la expedición de los testimonios de las partidas del Registro, y para las licencias de inhumación*; ese timbre ha sido duplicado en su valor en la Capital Federal, siendo autorizado por la ley; al presente se expiden en un timbre especial que vende la Municipalidad con su sello, y que vale cuatro pesos nacionales.

Los pobres de solemnidad ó notoriamente tales, no serán obligados á usar del timbre ó sello, ni se les cobrará derechos por ningún acto del Registro (art. 99); pero debió expresar los casos, porque la pobreza no autoriza al individuo para pedir copias de las partidas cuantas veces se le ocurra; debe, pues, limitarse esta facultad para los casos en que sea necesaria la partida para presentarla en juicio, ó en la guardia nacional, ó en cualquier oficina pública donde se le exija la prueba de su edad, de su filiación de familia ó del fallecimiento de aquel á quien sucede.

Donde no hubiese Municipalidad, se usará timbre ó sello nacional valor de un peso (art. 100); porque en ese caso es la Nación quien costea el servicio, y es muy justo que ella perciba los emolumentos.

Leyes de 24 de Agosto de 1898 y de 3 de Junio de 1901

Teniendo en cuenta las dificultades que ocurrían en los Territorios Nacionales, tan extensos y desiertos, ha sido necesario reformar la ley del Registro Civil, sometién dose á los inconvenientes que trae la despoblación, y las grandes distancias que se deben recorrer para hacer inscribir un acta que debe figurar en el Registro. Así, se han dictado sucesivamente dos leyes con este objeto.

La primera crea oficinas que se podrían llamar supernumerarias, para facilitar la inscripción, y dice en el art. 1º: *las funciones que encomienda la ley nº 1565, de Octubre 31 de 1884, á los encargados del Registro Civil, podrán ser desempeñadas en los Territorios Nacionales, por comisionados especiales, á quienes los Gobernadores respectivos confiarán ese encargo por tiempo determinado y para ejercerlos en parajes situados á más de veinte kilómetros del asiento permanente de la Oficina del Registro.* Es natural suponer que esos comisionados no pueden tener las condiciones exigidas para los Jefes del Registro, y la comisión será desempeñada por vecinos más ó menos respetables, que se presten para llenar esas funciones. Queda confiado, pues, á la circunspección y tino de los Gobernadores, el nombramiento de estos comisionados; pero los asientos que ellos hicieran no son considerados como instrumentos públicos, y será necesario llenar ciertas formalidades para que puedan valer; así dice el art. 2: *los comisionados serán munidos de formularios para la extensión de las actas, y observarán en su otorgamiento los requisitos legales, entregando dichas actas originales en primera oportunidad, á la Oficina más próxima, donde serán archivadas previa su ratificación por el comisionado y su transcripción en el Registro respectivo; de modo que esas actas no tendrán valor hasta que no se encuentren transcritas en el Registro Civil.* Pero ocurre preguntar: ¿qué se hará cuando el





comisionado hubiera fallecido y no pudiera hacer la ratificación ordenada por el artículo? ¿Cuánto tiempo tiene derecho á tener esas actas volantes en su poder? La ley ha debido prever el caso, y ordenar que cada tantos meses, el comisionado presente esas actas volantes para prevenir cualquier extravío y no queden burlados los propósitos de la ley. El Gobernador del Territorio podrá proveer á este punto salvando el inconveniente; mandando al comisionado presente las actas y haga las ratificaciones en un tiempo prudencial.

En cuanto á la formalidad de la ratificación que no se pueda efectuar por fallecimiento del comisionado, se procederá como en los casos ordinarios cuando un reconocimiento no puede hacerse; se llamarán dos testigos que abonen la firma del fallecido y se procederá á hacer la transcripción, esperando esas circunstancias.

El art 3, dice: *extiéndese á tres meses el plazo de ocho días fijado en el art. 33. de la ley vigente para la declaración del nacimiento en los mismos territorios, cuando medie una distancia mayor de cinco kilómetros entre el domicilio del nacido y el asiento permanente de la Oficina del Registro Civil*, porque no es posible sujetar á esos territorios desiertos á las formalidades exigidas para las ciudades.

Finalmente, la ley ha tenido que reformarse fundamentalmente con relación al Jefe del Registro Civil, porque habría sido muy difícil encontrar un abogado ó escribano que desempeñara esas funciones, por esa razón dice el art. 4: *el Registro Civil en los Territorios Nacionales estará á cargo de los jueces de Paz*.

Pero quedaba la dificultad para los matrimonios; porque si bien se podía nombrar un comisionado para levantar en hojas volantes las actas de nacimiento y defunción, ¿cómo confiarles la celebración de matrimonios en que el Oficial público desempeña una función tan importante? Y sin embargo ha sido necesario hacerlo, para impedir en las campañas el concubinato que es muchas veces el fruto de las dificultades que experimentan las personas que viven á grandes distancias y no pueden regularizar su estado, formando una familia legítima. Por esa razón vino la ley de 3 de Junio de 1901 á salvar ese inconveniente, al decir en su único artículo: *declárase extensivas á la celebración del matrimonio civil en los Territorios Nacionales, las disposiciones contenidas en los*

arts. 1° y 2° de la ley n° 3703 de Agosto de 1898; de modo que los comisionados nombrados por los Gobernadores de los Territorios pueden levantar actas volantes de los matrimonios que se celebraren, y serán válidas siempre que se hayan inscripto en el Registro, previa ratificación.



FIN DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL



ÍNDICE



Título II

Del derecho de retención

§. §.	PÁGINAS
PREFACIO DEL EDITOR.....	IV
1069—Generalidades.....	1
1070—Condiciones para ejercer el derecho de retención.....	5

SECCIÓN TERCERA

De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo

Título Primero

De la prescripción de las cosas y de las acciones en general

1071—Generalidades.....	16
1072—De la prescripción para adquirir. — Capacidad para prescribir. — Cosas que pueden prescribirse.....	19
1073—De la prescripción liberatoria. — Desde cuándo comienza.....	29
1074—Quiénes pueden oponer la prescripción, y forma en que puede hacerse.....	60

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

1075—De la suspensión para los menores é incapaces.....	76
1076—De la suspensión de la prescripción durante el matrimonio.....	87
1077—De la suspensión contra los herederos beneficiarios, tutores y cu- radores.....	96
1078—Facultad de los jueces.....	104
1079—Cuándo corre la prescripción.....	108
1080—Quiénes pueden alegar la suspensión y cuáles son los efectos de ésta.....	117



CAPÍTULO II

DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

§. §.	PÁGINAS
1081—Caracteres generales de la interrupción.....	125
1082—Modos de interrumpir la prescripción.....	128
1083—A quiénes aprovecha la interrupción de la prescripción.....	157

CAPÍTULO III

DE LA PRESCRIPCIÓN PARA ADQUIRIR

1084—Condiciones de la prescripción para adquirir. — Posesión.....	177
1085—De la prescripción para adquirir. — Buena fe.	206
1086—De la prescripción para adquirir. — Justo título.....	228
1087—De la prescripción de treinta años.....	246

CAPÍTULO IV

DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

1088—Qué se entiende por prescripción liberatoria.....	254
1089—De las acciones imprescriptibles.....	260

Título II

De la prescripción de las acciones en particular

1090—De la prescripción de treinta años.....	273
1091—De la prescripción de diez y veinte años.....	280
1092—De la prescripción de cinco y cuatro años.....	285
1093—De la prescripción de dos años.....	308
1094—De la prescripción por un año.....	322
1095—De las prescripciones de seis, tres y dos meses.....	340

Título complementario

De la aplicación de las leyes nuevas

1096—De la aplicación de las leyes nuevas.....	347
--	-----



LEY DEL REGISTRO CIVIL

De la Capital de la República Argentina y Territorios Nacionales

§. §.	PÁGINAS
1—La ley del Registro Civil debe ser nacional é incorporarse al Código Civil.....	377

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS EMPLEADOS DEL REGISTRO

2—Generalidades.....	383
3—De la vigencia de la ley.....	387
4—De las oficinas á cuyo cargo se encuentra el registro.....	388
5—De los empleados del Registro Civil.....	391

CAPÍTULO II

DE LOS LIBROS DEL REGISTRO

6—Modo de llevar los libros.....	395
7—De la pérdida, extravío ó alteración de los libros.....	398
8—De las personas que deben intervenir en las actas.....	399
9—Del Jefe del Registro Civil.....	400
10—De los testigos en las actas del Registro Civil.....	402
11—De los comparecientes, declarantes ó partes interesadas.....	405

CAPÍTULO III

DE LAS PARTIDAS DEL REGISTRO EN GENERAL

12—Cómo deben inscribirse las partidas del Registro Civil.....	407
13—De las anotaciones marginales en las actas del Registro Civil.....	409
14—Formalidades comunes á todas los actos del estado civil.....	411
15—Formalidades comunes á todos los actos. — Rectificación.....	414

§. §.

PÁGINAS

16—Actas que no pueden autorizar los Jefes del Registro Civil.....	418
17—Deberes del Oficial encargado del Registro Civil.....	420
18 Fuerza probatoria de los testimonios de las partidas inscriptas en el Registro.....	422
19—Quiénes pueden solicitar testimonios de las actas.....	427

CAPÍTULO IV

DEL NACIMIENTO

20 —De las pruebas del nacimiento fuera del territorio de la República. — Nacidos en alta mar.....	431
21 —De los nacidos en el extranjero.....	434
22—De los libros de nacimiento. — Quiénes deben inscribirse.....	436
23—De la declaración del nacimiento.....	439
24—Quiénes deben hacer la denuncia del nacimiento.....	443
25—De la denuncia en el nacimiento de los hijos legítimos.....	445
26—De la denuncia en el nacimiento de los hijos naturales.....	446
27—De la de las denuncias de los expósitos.....	448
28—De los nacimientos ocurridos en las cárceles, hospicios, etc.....	451
29—De la inscripción del nacimiento después de vencido el término....	452
30—Cómo debe hacerse la inscripción del nacimiento.....	454
31—Casos especiales de inscripción de nacimiento.....	457
32—Del reconocimiento de los hijos naturales.....	462
33 —De la legitimación de los hijos naturales.....	480

CAPÍTULO V

DE LOS MATRIMONIOS

34—Supremacía de la ley de Matrimonio Civil.....	487
35—Del consentimiento de los contratantes.....	488
36—De las diligencias previas para la celebración del matrimonio.....	490
37—De la celebración del matrimonio.....	491

CAPÍTULO VI

DE LAS DEFUNCIONES

38—De las defunciones que deben inscribirse en el Registro.....	498
39—De los que están obligados a declarar la defunción.....	500
40—Del fallecimiento en prisiones ó cárceles ó por ejecución de pena capital.....	505
41—Formalidades que deben preceder á la inscripción.....	510
42—Cómo debe extenderse la partida de defunción.....	514



§. §.

PÁGINAS

43—Cómo debe extenderse la partida de defunción cuando no se conociera la persona.....	518
44 —De las defunciones ocurridas fuera de la Capital.....	521

CAPÍTULO VII

DE LAS INHUMACIONES

45—Jurisdicción de la Municipalidad en los Cementerios.....	526
---	-----

CAPÍTULO VIII

DE LA RECTIFICACIÓN DE LAS PARTIDAS DEL REGISTRO

46—Cómo debe hacerse la rectificación ó adición.....	532
--	-----

CAPÍTULO IX

DISPOSICIONES GENERALES

47—De los infractores á la ley.....	538
48—Del Juez competente.....	541

DISPOSICIONES MUNICIPALES

49—Forma en que se deben llevar los Registros.....	542
50—Obligaciones de los encargados del Registro.....	542
51—Facultades de la Oficina Central.....	544

CAPÍTULO X

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Leyes de 24 de Agosto de 1888 y de 8 de Junio de 1901.....	547
--	-----





ÍNDICE

DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL EXPLICADOS EN EL TOMO XI



ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS
3939.....	1	3977.....	112	4015.....	246
3940.....	5	3978.....	113	4016.....	249
3941.....	8	3979.....	115	4017.....	254
3942.....	9	3980.....	104	4018.....	257
3943.....	11	3981.....	119	4019.....	260 á 271
3944.....	12	3982.....	120	4020.....	273
3945.....	13	3983.....	122	4021.....	276
3946.....	15	3984.....	128	4022.....	279
3947.....	17	3985.....	135	4023.....	280
3948.....	20	3986.....	138	4024.....	287
3949.....	30	3987.....	144	4025.....	289 á 292
3950.....	21	3988.....	150	4026.....	293
3951.....	22	3989.....	154	4027.....	295 á 298
3952.....	28	3990.....	158	4028.....	301
3953.....	33	3991.....	160	4029.....	303
3954.....	36	3992.....	161	4030.....	305
3955.....	41	3993.....	164	4031.....	310
3956.....	44	3994.....	167	4032.....	314 á 321
3957.....	46	3995.....	170	4033.....	322
3958.....	50	3996.....	172	4034.....	323
3959.....	52	3997.....	173	4035.....	327 á 330
3960.....	56	3998.....	123	4036.....	331
3961.....	57	3999.....	177	4037.....	337
3962.....	71	4000.....	186	4038.....	339
3963.....	63	4001.....	189	4039.....	340
3964.....	69	4002.....	192	4040.....	341
3965.....	24	4003.....	194	4041.....	343
3966.....	75	4004.....	198	4042.....	344
3967.....	82	4005.....	201	4043.....	346
3968.....	84	4006.....	207	4044.....	347
3969.....	87	4007.....	213	4045.....	354
3970.....	90	4008.....	217	4046.....	357
3971.....	94	4009.....	221	4047.....	360
3972.....	97	4010.....	226	4048.....	362
3973.....	102	4011.....	229	4049.....	365
3974.....	100	4012.....	233	4050.....	366
3975.....	108	4013.....	238	4051.....	368
3976.....	110	4014.....	242		

LEY DEL REGISTRO CIVIL



ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS
1.....	387	35.....	453	69.....	510
2.....	389	36.....	445	70.....	511
3.....	391	37.....	447	71.....	512
4.....	391	38.....	444	72.....	513
5.....	393	39.....	451	73.....	515
6.....	394	40.....	449	74..... 516 a	518
7.....	395	41.....	456	75.....	507
8.....	396	42.....	454	76.....	518
9.....	397	43.....	457	77.....	519
10.....	397	44.....	458	78.....	520
11.....	398	45.....	459	79.....	521
12.....	399	46.....	460	80.....	523
13.....	407	47.....	461	81.....	526
14.....	408	48.....	463	82.....	527
15.....	409	49.....	475	83.....	527
16.....	411	50.....	478	84.....	528
17.....	411	51.....	483	85.....	530
18.....	412	52.....	485	86.....	531
19.....	412	53.....	479	87.....	532
20.....	413	54.....	493	88.....	533
21.....	414	55.....	496	89.....	535
22.....	415	56.....	496	90.....	536
23.....	416	57.....	496	91.....	537
24.....	418	58.....	496	92.....	539
25.....	420	59.....	496	93.....	540
26.....	422	60.....	496	94.....	540
27.....	425	61.....	496	95.....	541
28.....	421	62.....	496	96.....	541
29.....	421	63.....	499	97.....	541
30.....	437	64.....	500	98.....	546
31.....	439	65.....	502	99.....	546
32.....	440	66.....	503	100.....	547
33.....	443	67.....	505		
34.....	452	68.....	505		

